

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOSÉ RENATO SILVA MARTINS

**O DOGMA DA NEUTRALIDADE JUDICIAL:
Sua contextualização no Estado brasileiro
contemporâneo**

Florianópolis
2001

JOSÉ RENATO SILVA MARTINS

**O DOGMA DA NEUTRALIDADE JUDICIAL:
Sua contextualização no Estado brasileiro
contemporâneo**

Dissertação apresentada ao
Curso de Pós-Graduação em
Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina
como requisito à obtenção do
Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Florianópolis
2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A DISSERTAÇÃO O DOGMA DA NEUTRALIDADE JUDICIAL:
Sua contextualização no estado brasileiro contemporâneo**

elaborada por JOSÉ RENATO SILVA MARTINS

e aprovada por todos os membros da banca examinadora, foi
julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM
DIREITO.

Florianópolis, 26 de setembro de 2001.

BANCA EXAMINADORA:



Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Prof. Dr. Orides Mezzaroba

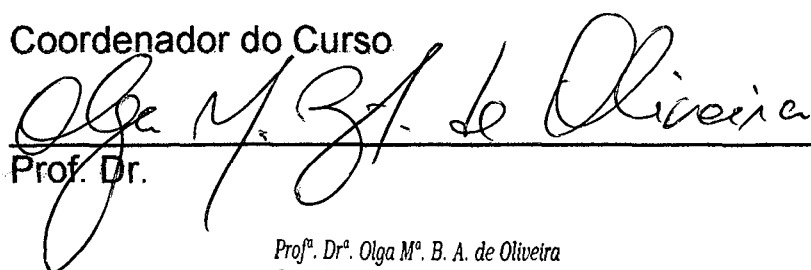


Prof.ª Dr.ª Thaís Luzia Colago

Orientador

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Coordenador do Curso



Prof. Dr.

Prof.ª Dr.ª Olga M. B. A. de Oliveira
Coordenadora CPGD/CCJ/UFSC

A aprovação do presente trabalho acadêmico não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do CPGD/UFSC à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

A Lyvia, Vitor e Higor, meus
filhos e meus momentos eternos,
de quem mesmo tendo-os
comigo, é permanente a saudade
do presente e do futuro.

AGRADECIMENTOS

Em especial, ao meu orientador professor Horácio Wanderlei Rodrigues, pela pronta disposição com que aceitou o convite e exerceu a orientação deste trabalho.

A André Santos Rohr estudante do 3º ano de Direito, companheiro das horas difíceis.

Aos professores do Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pelas suas lições.

Ao Centro Universitário de Vila Velha, pelo incentivo.

Aos meus pais José e Marly, que me deram a vida.

A minha esposa Wilma, pelas horas ausentes de nossa convivência e pelo apoio em todos os momentos.

Finalmente, a Deus, a quem tudo eu devo pelo que sou.

SUMÁRIO

RESUMO.....	08
ABSTRACT.....	09
INTRODUÇÃO.....	10

Capítulo I

O Juiz e seu papel no Estado Contemporâneo 16

1. A Jurisdição como Manifestação do Poder do Estado.....	17
2. Escopos da Jurisdição.....	27
3. O Poder Judiciário na Organização Estatal Brasileira.....	32
4. Garantias da Magistratura no Direito Brasileiro.....	48
5. Garantias da Magistratura no Direito Estrangeiro.....	50
6. Independência do Juiz.....	54
7. O Juiz como Agente do Estado e o seu papel Político.....	56

Capítulo II

A Imparcialidade Judicial como Garantia do Processo 60

1. Imparcialidade do Juiz.....	62
1.1. Imparcialidade do Juiz e o Processamento das Exceções.....	68
1.2. A Imparcialidade do Juiz e a Produção de Provas.....	71
1.3. A Fundamentação das Decisões e a Imparcialidade do Juiz.....	73
2. Sobre a Possibilidade Prática de uma Posição Imparcial do Juiz.....	75

Capítulo III

O Dogma da Neutralidade Judicial no Estado Contemporâneo 80

1. Da Distinção entre Neutralidade e Imparcialidade.....	82
2. As Origens Históricas da Idéia de Neutralidade do Juiz.....	84
3. Sobre a Impossibilidade da Neutralidade da Ciência.....	87
4. O Direito e a Neutralidade Científica.....	88
5. O Judiciário e a Neutralidade Judicial.....	92
5.1. O Teor Valorativo do Conceito de Justiça.....	92
5.2. As Estruturas de Poder e a Realização da Justiça.....	98
6. Seria a Neutralidade uma Questão Ética?.....	103

Capítulo IV	
O Modelo Positivista e Legalista de Juiz: Necessidade de Superação	107
1. A Formação Jurídica dentro do Modelo Positivista.....	109
2. A Legalidade, o Legalismo e a Legitimidade.....	112
Capítulo V	
O Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito	128
1. O Juiz e a Criação do Direito.....	128
1.1 A Modernidade <i>versus</i> a Pós-Modernidade.....	130
1.2. Sobre as Condições de Possibilidades do Poder Criador do Juiz em uma Sociedade Democrática.....	134
1.3. A Criação do Direito no Âmbito Judiciário.....	141
2. A Busca de um novo Direito.....	147
2.1. A Contribuição da Associação Juízes Para a Democracia.....	150
2.2. A Contribuição do Movimento do Direito Alternativo.....	155
3. À Procura de uma Concepção Democrática do Judiciário Brasileiro....	166
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	171
BIBLIOGRAFIA.....	177

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o Estado, num de seus órgãos, o Poder Judiciário. Para tal buscar-se-á visualizar a presença do Estado na jurisdição, pois é aí que, em nome da paz social, se manifesta quando necessário, a força estatal, por meio de um processo de legitimação que exige a reminiscência ao contrato social. Nesse processo, outro tema que, obrigatoriamente, deverá ser abordado é a tripartição do poder. Como o órgão político a ser analisado é o Poder Judiciário, guardião das leis, abordar-se-á não somente esta como também o Direito, dois âmbitos distintos que o senso comum insiste em unificar. Porém, tal abordagem se dará permeada ao longo do texto, pois a posição de maior interesse será aquela referente à função política do magistrado. Dentro dessa perspectiva, são colocados em discussão alguns preconceitos referentes à posição do juiz como neutro, bem como a necessidade deste ser imparcial, em nome da Justiça. Lançou-se mão do conhecimento e dos métodos filosóficos, para embasar o presente trabalho. Não se pretendeu apreender a verdade-em-si por meio dos conceitos, mas fazer-se compreendido e, nesse propósito dispensaram-se debates periféricos ao tema aqui proposto, ou embates no meandro da teoria do conhecimento. Na busca pela figura do juiz imparcial não está pressuposta a figura de uma santidade, em forma humana e togada, mas frisa-se que esta análise dispensa as pretensões psicológicas de interpretações da personalidade dos magistrados. Ainda que a ética seja apenas o sinal de indicação de um caminho que leva ao alvo final, que é o homem, ela é aqui apresentada como um meio que se constitui em pré-condição para a realização do sonho filosófico, e nada romântico, de uma sociedade justa; visão que foi compreendida pelo *Movimento do Direito Alternativo* e pela *Associação Juízes para a Democracia*, o que faz com que a compreensão dos propósitos desses dois movimentos seja colocada no término desta reflexão. Ainda que sem fins apologéticos, demonstra que algo está sendo feito e que, por fim, o Poder Judiciário, e por meio dele o próprio Estado, não está inerte às transformações sociais e às demandas que daí se originam.

ABSTRACT

This work is a study of the State, especially of the Judiciary. In order to accomplish this task the focus will be on the presence of the State in the Jurisdiction because it is at this level that, in the name of social peace, whenever necessary, the force of the State establishes itself through a process that is reminiscent of the social contract. Thus another theme encompassed here is the tripartition of power. Because the political branch studied here is the Judiciary, the guardian of the laws, this work will focus not only on it but also on law in general, two different entities that common sense insists on unifying as one. However, this approach will be present throughout the text, since the main focus here will be on the political function of the magistrate. From this perspective some precepts concerning the position of the judge as neutral, as well as the necessity of his impartiality in the name of Justice, will also be discussed. General knowledge and philosophical methodology will be applied not in an attempt to discover truth per se. Rather, the aim here is to clarify the topic by avoiding philosophical debates on the general theme as well as discussions of the theory of knowledge. The search for the figure of an impartial judge does not imply the search for a saint in human form and dressed in a toga. It is important to mention though that this analysis does not include the psychological interpretations of the magistrates' personalities. Although ethics are only a sign of a way leading to the final goal, that is, man, here ethics is presented as a means which constitutes the preconditions for the fulfillment of a philosophical and not a romantic dream of a just society. This view was already included in the Movement of Alternative Law and the Association of Judges for Democracy, and the understanding of these movements' goals is therefore essential for this study and will be mentioned in it. Although not apologetically, the inclusion of these movements denotes that something is being done, and that finally the Judiciary, and therefore the State itself, is not unresponsive to the social transformations and demands which such transformations bring about.

INTRODUÇÃO

Em todas as sociedades contemporâneas, os órgãos estatais, encarregados da resolução dos conflitos entre os cidadãos, buscam garantir uma atuação imparcial do juiz, como decorrência de que aqueles que buscam a Justiça devem acreditar que ela será feita.

Um dos grandes dogmas do Estado Contemporâneo é o de que o exercício da jurisdição deve sempre se efetivar, mantendo-se um completo distanciamento dos seus membros dos problemas político-sociais, sob a alegação de assegurar a neutralidade de valores do juiz. Mas, definir o que seja neutralidade é algo complexo, significando dizer que o magistrado deve decidir com ausência de valores, sem prevenção contra ou a favor de pessoas envolvidas no litígio. Isto significa inferir que o juiz deve agir de forma lógica, dentro do que foi apresentado, livre de qualquer interferência ou ingerência. Entretanto, o juiz, ser humano que é, inserido no contexto social, marcado por contradições, possui valores e crenças próprias de seu mundo, o que quer dizer que nunca é um observador desapaixonado. Assim, convém questionar-se até que ponto é possível proteger o Estado-juiz das pressões das partes e do mundo exterior, porque é difícil perceber os condicionamentos intelectuais e sociais que o influenciam psíquica e culturalmente.

A Constituição Federal, ao proscrever os Tribunais de exceção e ao privilegiar o juiz natural, e ainda os Códigos de Processo Civil e Penal atentam para a necessidade de se ter num caso concreto um juiz absoluto e inquestionavelmente isento. Mas isso não se confunde com neutralidade. Apregoada por muitos, a neutralidade seria a condição imposta ao juiz no sentido de fazer dele um frio aplicador das regras legais e de hermenêutica. Tal postura esteve presente em tempos remotos, quando o juiz era aferido, no seu julgar, pela sua capacidade de se mostrar indiferente. O juiz neutro seria, então, o juiz impermeável e indiferente. E a idéia de Justiça é indissociável da idéia de inércia da função jurisdicional; e esta, por sua vez, está ligada à idéia de neutralidade. O juiz inerte, que não se move sem ser provocado, preservaria, assim, a sua neutralidade, mantendo-se eqüidistante das partes e

dos interesses postos em discussão num dado concreto. A neutralidade, então, atuaria como técnica de julgamento, evitando que o juiz formasse sua convicção a partir dos seus interesses e de suas paixões.

No Estado brasileiro, a pretensa neutralidade judicial tem constituído uma das garantias do processo justo, sendo tema de inegável atualidade, constatada por meio dos meios de comunicação, quando despertam interesses pelas decisões judiciais e, sobretudo, das divergências legais, jurisprudências e doutrinárias acerca do tema, o que ainda não mereceu um amplo estudo capaz de permitir uma análise profunda da questão. Assim, coloca-se a seguinte problemática de estudo: a neutralidade judicial e sua contextualização no Estado brasileiro contemporâneo. Dessa forma, este estudo tem por objetivo analisar as condições históricas, políticas, sociais e ideológicas que contribuem para a formação de uma concepção de neutralidade judicial no Estado brasileiro contemporâneo, e seus reflexos na atuação jurisdicional.

O objetivo do estudo permite uma opção metodológica que privilegia a pesquisa bibliográfica, numa perspectiva interdisciplinar, com ênfase na abordagem filosófica e sociológica que proporcionasse as condições para atingir as intenções do estudo: a análise da neutralidade judicial no Estado contemporâneo.

Objetiva-se, portanto, nessa perspectiva, identificar, inicialmente, os fatores que geram a concepção da neutralidade judicial, discriminando os reflexos do modelo positivista e legalista de juiz na atuação jurisdicional, na perspectiva de sua transformação.

Posteriormente, busca-se assinalar o papel político do juiz transformador no Estado Democrático de Direito, destacando-se, ainda, o papel dos movimentos críticos no processo de democratização do Poder Judiciário brasileiro.

No primeiro capítulo analisa-se de que forma o Estado, utilizando-se da jurisdição, se faz presente na sociedade por meio do Poder Judiciário; bem como se verifica que, hoje, a jurisdição não mais é monopólio estatal. Vê-se, também, que a legitimação da utilização da força estatal se dá pelo propósito

da manutenção da coexistência social, finalidade do cumprimento da ordem jurídica.

Ainda nessa busca, observa-se que, com relação à tripartição do Poder, o Judiciário é o que, historicamente, sempre encontrou maiores dificuldades para se impor. Todavia, ressalta-se que, apesar de tripartido, o Poder do Estado é uno, pois tal tripartição outra coisa não é senão uma diversidade de funções distribuídas em órgãos distintos. Por esse motivo a atuação judicial se configura em atuação estatal, como se observa ao abordar os escopos da jurisdição.

Com a Carta Constitucional Brasileira de 1988 houve uma evolução do Poder Judiciário, a qual acompanhou a estruturação da sociedade. O marco dessa evolução se dá na criação do Superior Tribunal de Justiça, dos juizados especiais cíveis e criminais, na criação de uma Justiça fundiária e na relevância dada aos juizes de paz; além do trabalho de redimensionamento das relações jurídicas, que tornou possível a absorção pelo Poder Judiciário das novas demandas, provenientes da sociedade moderna. Ainda trabalham-se as necessárias independência, vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos. Ponto importante se constitui a análise da função política do magistrado, função esta que o mesmo, em nome da Justiça, não pode abrir mão. Na busca por esta posição deve-se defender uma nova formação jurídica; que deve questionar tabus como a neutralidade judicial e visualizar um novo Direito, segundo as necessidades sociais, fazendo, assim, do juiz um criador de novos Direitos.

No segundo capítulo destaca-se a imparcialidade como condição *sine qua non* para que se dê a realização da Justiça no processo. Ao contrário do que geralmente se pressupõe, a posição de imparcialidade não está vinculada com a exigência de uma neutralidade, mas com o vislumbrar de um Direito que possui a Justiça em seu horizonte de interpretação se torna imprescindível que o substrato deste conceito seja o homem, e não apenas as letras frias da lei.

Com o objetivo de impedir que as partes lancem mão de realizar a Justiça com seus próprios meios, deixando de recorrer ao Estado, deve-se desvelar à sociedade que diante do órgão jurisdicional sua causa será

analisada com a devida imparcialidade, pois essa é a sua garantia de independência funcional. Na observância das causas de impedimento e suspeição recorrer-se-á ao código de Processo Civil.

A investigação que aborda a possibilidade prática de uma posição imparcial do juiz tomará o artigo 5º do Código Civil Brasileiro para se nortear, pois não há de se duvidar que o que confere a um país o *status* de Estado Democrático de Direito é o reconhecimento social da aplicação da lei.

No terceiro capítulo, mediante a possibilidade da imparcialidade, busca-se desmitificar a crença em uma neutralidade. Com o intuito de não deixar brechas na abordagem, analisam-se todas as possíveis manifestações da neutralidade; motivo que levará à contemplação do tema a partir do contexto semântico. Sabe-se que a mitificação da neutralidade possui um caráter ideológico no Estado contemporâneo e, por isso, deve-se distinguir entre a neutralidade e a imparcialidade, para que também esta não seja confundida com o fator ideológico estatal.

O berço da neutralidade é o positivismo; o que leva a uma necessária abordagem histórica. Após tal contextualização ver-se-á que a insistência na neutralidade do juiz é uma alienação. A supracitada corrente filosófica sempre exigiu uma ciência neutra, o que há de se defender que é impossível - ponto ainda muito mais polêmico é o que defende que o Direito não é uma ciência; o que novamente remeterá à linguagem e imporá uma intervenção da epistemologia.

Se o Direito não é neutro, também e obrigatoriamente não o será o Judiciário. Novamente a procura pela delimitação desse objeto de pesquisa remete à história, pois se faz necessário averiguar o teor valorativo do conceito de Justiça, o que só é possível na história dos povos.

A presente exposição deve-se concluir com a demonstração de que a neutralidade não se constitui numa exigência ética. Para tal averiguação nortear-se-á pelos meandros da filosofia.

No capítulo quarto, ressalta-se a questão do modelo positivista e legalista de juiz. Para que se verifique o peso alcançado pela influência positivista na formação cultural ocidental, basta que se observe que ainda na

atualidade impõe-se ao juiz um modelo positivista e legalista, que deve ser superado. Apesar do positivismo de Augusto Comte ser o pivô de toda a transformação na visão filosófica e sociológica, o paradigma positivista no Direito não mais se constitui no mesmo. Muito embora o positivismo jurídico venha a nascer do impulso pela legislação, a sua superação não implica um enfraquecimento da mesma. Porém, mais uma vez, o problema passa pela educação jurídica; que não consegue compreender, em sua inteireza, a crise vivida pela sociedade contemporânea, pois ainda se estriba num paradigma ultrapassado. Mas a mudança no sistema educacional depende de vontade política, o que se torna imperativo num processo de transformação social quando tal vontade já nasce viciada.

Nessa empreitada deve-se buscar conceituar o que, precisamente, vem a ser a legalidade, o legalismo e a legitimidade. Sendo, dentre estes três conceitos, a legitimidade a que vem formar uma sociedade. Recorrer-se, também, à teoria habermasiana, bem como a sua necessária contextualização para que seja possível uma interação desta na América Latina.

Numa última confrontação direta com os legalistas há de se defender, embora venha a se desenvolver de maneira sistemática mais à frente, o juiz como criador de novos Direitos, por meio dos processos de interpretação da lei e da criação de jurisprudência.

No quinto capítulo, pretende-se enfatizar o processo de democratização do Judiciário brasileiro, sobretudo a partir da contribuição dos movimentos mais atuantes neste contexto: *Direito Alternativo e a Associação Juízes para a Democracia*. No Estado democrático de Direito é necessário que o Poder Judiciário faça eco com esta posição por meio de uma concepção democrática de exercício de jurisdição, fazendo a defesa da Justiça diante da pura letra da lei.

A posição política do juiz e a situação da magistratura na estrutura do Poder Judiciário, como visto anteriormente, impõem e facilitam a defesa por um movimento de democratização do Poder em questão. Nesta disposição de transformação, mais uma vez, se destaca o papel primordial do juiz como criador de novos Direitos; apesar das resistências legislativas, cujos

representantes lutam para manter seu *status quo*. Adota-se a racionalidade moderna, em detrimento da pós-moderna, como fundamento da posição a ser ocupada pelos guerreiros que enfrentam as hordas do atraso e do retrocesso positivista-legalista. Tal fundamento é bastante e necessário neste empreendimento, ao contrário do que supõem os inimigos da razão - de NIETZSCHE e LYOTARD. Contudo, não há de se negar que este movimento pós-moderno possui seus méritos na crítica à racionalidade utilitarista-instrumental. Como exemplos do manifestar das condições de possibilidades da existência de um novo Direito são apresentados dois movimentos, dos mais atuantes na luta pela democracia no Brasil, o *Movimento do Direito Alternativo* e a *Associação Juízes para a Democracia*. Tais movimentos exigem uma nova leitura do fenômeno social do Direito, bem como uma nova abordagem socioantropológica e filosófica do operador do Direito, da sociedade e do próprio Poder Judiciário.

CAPÍTULO I

O JUIZ E SEU PAPEL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Com a globalização, o Estado contemporâneo extrapola suas fronteiras econômicas, políticas e sociais de maneira exacerbadora. Se até meados do século XX o Estado Nacional mantinha relações internacionais a partir de seu centro político, na atualidade o Estado, muitas vezes, encontra-se em grande atraso no que concerne à evolução das relações que lhe vêm ao encontro a partir do antigo ponto periférico: a economia de mercado que contempla o Estado como um ente que possui fronteiras fictícias, os movimentos de cunho social – muitas vezes representados pelas organizações não-governamentais, etc. No contexto complexo em que este quadro é criado os Estados-nações sofrem internamente o que até então apenas se manifestava no caso de uma invasão de imigrantes, ou seja, a crise político-social de um país, ainda que distante geograficamente, afeta diretamente os outros pontos do globo. A quebra na bolsa de valores de um “tigre asiático” gera desemprego e recessão na América Latina. Inserido no olho deste furacão encontra-se o magistrado, mas qual deve ser o seu papel? Muitas vezes a defesa de um fator social deve ser contextualizada não só com as questões de Estado, mas também com as questões internacionais. Se os códigos internacionais facilitam uma decisão onde o teor da causa são os direitos humanos, o mesmo não ocorre com as questões que trazem em seu cerne o teor econômico. Todos esses pontos deságuam na jurisdição. Motivo que leva a análise da manifestação de poder estatal por meio da jurisdição.

1. A jurisdição como Manifestação do Poder do Estado

O fenômeno estatal,¹ como pode ser entendido na sociedade atual, tem seu início com as revoluções burguesas do século XVI. Embora houvesse sido observado anteriormente,² o liberalismo possibilitou uma nova concepção de Estado, impondo-lhe limites objetivos à ação do ente político, fato impensado em épocas anteriores.

Com a Revolução Industrial, surgiu a figura do proletariado que, pouco a pouco, passou a tomar consciência das dificuldades e problemas gerados pelo capitalismo.

ROCHA, ao analisar o Estado de Direito liberal, afirma que esse vem a ser, numa concepção universal, o primeiro estágio do capitalismo concorrencial, ou seja, "a primeira forma histórica do Estado dito capitalista"³. O mesmo jurista ainda informa que a sua primeira institucionalização de forma sistêmica, ocorre após a Revolução Francesa.

"O Estado liberal constitui-se no primeiro regime jurídico-político da sociedade que consolida as novas relações econômicas e sociais denominadas de capitalistas e emergentes da derrocada do regime feudal".⁴

¹ Na caracterização do Estado enquanto organização política da sociedade, deve-se levar em consideração o fato de ser ele uma instituição situada temporal e espacialmente. Um conceito muito detalhado pode não se adequar a muitos estados concretos. Em razão disso, optou-se por um conceito objetivo e aberto, estabelecido por Dalmo de Abreu Dallari, para quem o Estado é "**a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território**". DALLARI, Dalmo de Abreu apud RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 19.

² O Estado é a mais complexa das organizações criadas pelo homem. Pode-se até mesmo dizer que ele é um sinal de um alto estágio de civilização. Nesse sentido o Estado aparece num momento histórico bem preciso (século XVI). Não se nega que a Antiguidade Clássica (as cidades gregas e o Império Romano) já apresentasse sinais precursores dessa realidade. Todavia, preferem os autores localizar o seu aparecimento no início dos tempos modernos, uma vez que só então, em última análise, se reúnem, nas entidades políticas assim denominadas, todas as características próprias do Estado.

³ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 126.

⁴ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. p. 126.

A consolidação do capitalismo determinou o alargamento do fosso existente entre os detentores do capital e aqueles que somente dispunham de sua mão-de-obra para sobreviver.

A partir do final do século XIX, as crises do capitalismo demonstraram a necessidade de uma atuação estatal no sentido de promover uma intervenção na vida econômica. Essa intervenção, nos moldes Keynesianos determinou a necessidade da atuação estatal com vistas à redução das diferenças entre os mais ricos e os mais pobres⁵.

Surgiu assim o Estado Social do Direito, estando o Estado compromissado com o oferecimento de prestações positivas que visam reduzir as diferenças sociais existentes.

O Judiciário no Estado Liberal tem a sua autonomia relativada, o que vale dizer: sua forma de atuar é funcional aos objetivos do Estado que não intervém na sociedade, sendo simplesmente garantista, daí a sua característica de neutralidade em face dos conflitos sociais. Vê-se, pois, um Judiciário que se sobrepõe à sociedade, mediante normas formuladas pela própria sociedade.

No Estado Social, o Judiciário se manifesta de forma funcional procurando soluções para atingir seus objetivos, promovendo mudanças sociais, não impondo ao juiz a obrigatoriedade na observação da legalidade estrita. Observa-se que no Estado Social o Judiciário deixa de ser um simples árbitro para assumir a sua condição de partícipe, interferindo na realidade que lhe é apresentada e por meio de suas decisões, criando situações econômicas e sociais novas.

Importante observação faz MARINONI ao afirmar :

"... nessa dimensão, assume relevo o exemplo diuturno do Poder Judiciário. O funcionamento adequado das vias de pacificação social é que poderá levar o cidadão a retomar a confiança na administração da

⁵ É Estado social onde o Estado avulta menos e a Sociedade mais; onde a liberdade e a igualdade já não se contradizem com a veemência do passado; onde as diligências do poder e do cidadão convergem, por inteiro, para trasladar ao campo da concretização direitos, princípios e valores que fazem o Homem se acercar da possibilidade de ser efetivamente livre, igualitário e fraterno. A esse Estado pertence também a revolução constitucional do segundo Estado de Direito, onde os direitos fundamentais conservam sempre o seu primado. Sua observância faz a legitimidade de todo o ordenamento jurídico.

justiça, estimulando-o ao exercício dos seus direitos e ao respeito dos alheios. Aí, aliás, de grande importância é a tarefa reservada aos Juizados de Conciliação e de Pequenas Causas, que por estarem mais perto do cidadão comum e dos seus problemas, têm condições de constituir exemplo mais vivo e significativo de que a administração da justiça pode atender aos reclamos sociais.”⁶

Dessa forma, a ampliação de oportunidades de acesso à Justiça, constitui um importante fator para o processo de democratização do Judiciário brasileiro.

Assim na limitação do Poder Estatal, a jurisdição demonstra um papel importantíssimo, como será visto em seguida.

A jurisdição, na afirmativa de DINAMARCO, “é uma das funções do Estado mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com Justiça.”⁷

A jurisdição no entendimento de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO está intimamente ligada à função legislativa, visto que ambas têm por objetivo a paz social. ROCHA⁸ afirma que “o conceito de ordem não tem nenhuma conotação moral”. Porém, ainda citando o mesmo autor,⁹ “a função protetora da ordem exercida pelo Direito tem por fim último permitir a coexistência social”. Dessa forma, visualizando a paz social, é imprescindível lançar mão do conceito de Justiça. Todavia, este já traz em si um juízo de valor. Afinal, o que é justo ou injusto? O juiz, sempre e tão somente quando provocado¹⁰, ao exercer a jurisdição, não se encontra diante de uma questão apenas teórica, e por isto unicamente universal, mas diante de um caso singular. Por este motivo, com o intuito de manter a ordem, rompe-se a tênue barreira dos valores, alargando-lhes as fronteiras ao ponto de englobar a própria ordem, em

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 110.

⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, p. 113.

⁸ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 85.

⁹ ROCHA, J. de A. *Teoria geral do processo*. p. 87.

¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 62.

nome da Justiça. O recurso utilizado pelo juiz para alcançar este propósito é a instrumentalidade do processo.

Nos moldes do liberalismo clássico, LOCKE¹¹ foi o primeiro a invocar a separação dos poderes, dividindo o poder legislativo, executivo, federativo e o da prerrogativa. Na sua construção teórica, o Judiciário não aparece porque estava inserido no legislativo. O poder federativo, vinculado ao executivo, era o poder de firmar relações internacionais.

MONTESQUIEU, no Livro XI do *Espírito das Leis*, escreveu no capítulo VI, denominado "Da Constituição da Inglaterra", as três espécies de poder : o Poder Legislativo, o Poder Executivo ("o executivo das coisas que dependem do Direito das gentes") e o Poder Judiciário ("o executivo das coisas que dependem do Direito civil"). Assim:

"... pelo primeiro [Legislativo], o príncipe ou o magistrado faz as leis para um certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo [Executivo] faz a paz e guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões. Pelo terceiro [Judiciário] pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e o outro, simplesmente, o poder executivo do Estado."¹²

Para o jusfilósofo italiano BOBBIO,

"... na teoria da separação dos poderes encontramos a resposta do constitucionalismo moderno ao perigo recorrente representado pelo despotismo, como aparece com toda clareza nesta passagem: 'os príncipes que quiseram transformar-se em tiranos começaram sempre reunindo na sua pessoa todas as funções públicas.'¹³

O poder de julgar, para MONTESQUIEU, deve ser exercido por pessoas do povo, temporariamente, na forma prescrita pela lei, desvinculando das situações e das profissões, para que aquele que o exerça não se torne temível. Esta característica, na ótica de MONTESQUIEU, era inerente ao

¹¹ LOCKE, John. "Segundo tratado sobre o governo", in *Os Pensadores*, São Paulo: Abril, 1979, p. 63.

¹² MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 211.

poder, e não ao magistrado. Pretendia ele um poder nulo, invisível, diferente dos poderes Executivo e Legislativo, pois esses não seriam exercidos diretamente sobre os indivíduos e, por isso, poderiam ser outorgados a corpos permanentes. Sendo o Legislativo somente a vontade geral do Estado, e o Executivo somente a execução dessa vontade geral, o Poder Legislativo deveria ser confiado à nobreza e aos representantes do povo, atuando cada qual com suas assembléias e deliberações à parte, e defendendo interesses separados. Na concepção de MONTESQUIEU, o Poder Executivo deveria permanecer sob a responsabilidade de um dirigente único, pois, esta parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação momentânea, é melhor administrada por um do que por muitos, ao passo que o que depende do Poder Legislativo é melhor ordenado por muitos do que por um só.¹⁴

ROUSSEAU não admitia as concepções advindas do pensamento de LOCKE e MONTESQUIEU, e achava que a solução não estava na separação dos poderes, argumentando :

"... era no Estado e em suas leis, que os homens deveriam se vincular numa sociedade civil, uma expressão direta do interesse comum: não do interesse comum resultante de uma multiplicidade de forças em contraposição, mas de uma vontade geral, genuinamente orgânica ou consensual, tal como se manifestaria numa assembléia pública de todos os cidadãos, todos igualmente racionais. Para que a vontade geral se pudesse manifestar, não poderia haver sociedades parciais dentro da sociedade." ¹⁵

MADSON, na obra clássica sobre o federalismo, comentando a Constituição britânica, diz que:

"... os ramos legislativo, executivo e Judiciário estão longe de serem separados e distintos uns dos outros. O magistrado executivo é parte integrante da autoridade legislativa. Somente ele tem a prerrogativa de celebrar tratados com as nações estrangeiras, os quais, em determinadas condições, passaram a ter força de atos legislativos.

¹³ BOBBIO, Norberto: *A Teoria das formas de governo*. Rio de Janeiro: Campus, 1995. p. 136-37.

¹⁴ MONTESQUIEU. op. cit. p.174-175

¹⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. 4 ed. v. 2. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p.3

Cabe-lhe nomear todos os membros do Judiciário, removê-los, ouvindo as duas Casas do Parlamento, e conservá-los, quando achar conveniente, para constituírem um dos seus conselhos constitucionais. O ramo legislativo representa também um grande conselho constitucional para o dirigente executivo, bem como, por outro lado, é o único depositário do Poder Judicial [judicante] em caso de impeachment, sendo investido da suprema instância apelatória em todos os demais casos. Os juízes, outrossim, permanecem intimamente ligados ao Legislativo, a fim de participarem de suas deliberações, embora sem Direito a voto."¹⁶

CONSTANT,¹⁷ mesmo não sendo um crítico do pensamento de MONTESQUIEU, receava que a teorização exposta na obra *O Espírito das Leis* paralisasse a ação governamental, por isso, buscou uma solução que imaginou possível para os problemas de conflito entre poderes, sugerindo a formação de um outro poder, um poder que seria neutro, denominado Poder Moderador, cujo fim seria recolocar o Estado em atividade normal.

Segundo o constitucionalista CANOTILHO,

"...hoje tende a considerar-se que a teoria da separação dos poderes engendrou um mito. Consistiria este mito em atribuir a Montesquieu um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados (1ª Câmara e 2ª Câmara - Câmara baixa e Câmara alta) e o judicial (corpo de magistrados). 'Cada poder recobriria uma função própria sem qualquer interferência dos outros. Ora, foi demonstrado por Eisenmann que esta teoria nunca existiu em Montesquieu[...]'. Acresce, ainda, que mais do que a separação, do que verdadeiramente se tratava era de combinação de poderes: os juízes eram apenas a boca que pronunciava as palavras da lei, o Poder Executivo e o Legislativo distribuíam-se por três potências: o Rei, a Câmara Alta e a Câmara Baixa, ou seja, a realeza e o povo (burguesia). O verdadeiro problema político que surgia era combinar estas três potências e desta combinação poderíamos deduzir qual a classe social e política que sairia favorecida." ¹⁸

FERRAZ, sobre esta questão disserta :

¹⁶ MADSON, James: *O federalista*. São Paulo: Abril, 1979. p. 394 .

¹⁷ CONSTANT, Benjamin. *Escritos políticos*. Centro de estudos constitucionales. Madrid: [s. n.], 1898.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992 p. 266-267.

"... a teoria clássica da divisão dos poderes, construída com um claro acento hierarquizante e com a finalidade de implodir a concepção mono-hierárquica do sistema político, iria garantir, de certa forma, uma progressiva separação entre política e Direito, regulando a legitimidade da influência política no governo, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do estado de Direito"¹⁹

A teoria da separação do poder juntamente com os direitos fundamentais constituem a base das constituições modernas, chegando ao ponto de se afirmar que o país que não tiver tais declarações de direitos não tem uma constituição. Apesar disso, na organização estatal o Judiciário francês é um órgão ligado ao Executivo.

Na Declaração de Independência Americana é que, pela primeira vez, essas declarações de direitos vão se incorporar à lei positiva, e o Judiciário americano tem início como um poder independente. As emendas à Constituição da Filadélfia, aprovadas em 1791, às quais outras foram acrescentadas até 1975, constituem o *Bill of Rights*, garantindo aos americanos os seguintes direitos fundamentais dentre outros: a decisão pelo júri (*grand jury*) nos crimes capitais, o Direito de defesa e a de um julgamento por juiz natural e de acordo com o devido processo legal, isto é, com garantias legais suficientes (Emenda 5ª) e, também o Direito a julgamento público e rápido por júri imparcial do Estado e distrito em que o crime tenha sido cometido, com Direito a provas de defesa e assistência de um advogado (Emenda 6ª). Mais tarde, com a Revolução Francesa, surge *La Déclaration de l' homme et de le citoyen*.

A esse respeito, SALDANHA afirmou:

"A consagração, a partir das revoluções liberais, da imagem do Estado de direito (Estado Constitucional) foi correlatamente uma consagração do princípio da separação dos poderes. Confirma-se a idéia de Montesquieu segundo a qual o poder limita o poder, insculpida no enunciado do art. 16 da Declaração do Homem e do cidadão de 1789. Já não se imaginaria uma Constituição sem os poderes definidos; não se imaginaria um Estado com concentração de funções. Assim como a

¹⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista Universidade de São Paulo - USP*, São Paulo, n. 21, p.14, 1994.

existência do Estado deve decorrer de consensos, ela deve possuir delimitações internas. Nota-se, todavia, por influência de Rousseau, que o Poder Legislativo tinha nítidos traços de fortalecimento, decorrentes da legitimação do povo expressada na vontade geral." ²⁰

No século XIX, MARX e ENGELS²¹ publicam o seu Manifesto do Partido Comunista em que apontam os problemas da sociedade burguesa. Propõe a supressão da burguesia e a ascensão do proletariado ao poder. Na concepção Marxista a Justiça é burguesa, defendendo somente os interesses e direitos do liberalismo. São direitos individuais que se contrapõem aos interesses do coletivo.

Dos três poderes, historicamente, o Judiciário foi o que mais dificuldades encontrou para se afirmar. MONTESQUIEU²² o considerava como um poder nulo, invisível, diferente dos poderes Executivo e Legislativo, porque seu fundamento era a neutralidade e não a força política.

O Poder Judiciário se consolidou como um dos poderes do Estado, a partir da organização constitucional dos Estados Unidos da América, que na sua Constituição de 1787 assim o definiu no artigo III, seção I: "o Poder Judiciário dos Estados Unidos será exercido por uma Corte Suprema e pelos tribunais inferiores que o Congresso periodicamente criar e estabelecer".

Segundo FIGUEIRA JÚNIOR,²³ a jurisdição hoje, no Brasil, introduz um novo regime de juízo arbitral. Esse vem a ser a jurisdição privada, ou arbitragem. Com essa nova modalidade de jurisdição concorda CARMONA, ao afirmar:

"Na verdade, parece ser universal a tendência de ampliar o conceito de jurisdição, na medida em que aumenta o grau de participação e o interesse popular na administração da justiça (escopo político da jurisdição). Daí referir-se Ada Pellegrini Grinover a uma 'acepção mais ampla de jurisdição, vista numa perspectiva funcional e teleológica', que incluiria a chamada justiça conciliativa e, a nosso ver, também a arbitragem. Afinal, não é possível conceber um conceito estático e

²⁰ SALDANHA, Nelson: *O Estado moderno e a separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 97 e ss.

²¹ ENGELS, Frederick; MARX, Karl. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo: Global, 1987.

²² MONTESQUIEU. *op. cit.* p. 176.

²³ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 108-109.

imutável de jurisdição ao longo da História: bem pelo contrário, como afirmava Calamandrei, os métodos lógicos do juízo 'tem um valor contingente, que não pode ser determinado a não ser em relação a um certo momento histórico.'²⁴

Anteriormente, havia jurisdição que não dependia do Estado. Na Idade Média, os senhores feudais tinham jurisdição dentro do seu feudo: encontravam-se jurisdições feudais e jurisdições baronais. Os donatários das Capitanias Hereditárias, no Brasil colonial, dispunham de jurisdição civil e criminal nos territórios de seu domínio. No período monárquico brasileiro, havia a jurisdição eclesiástica, especialmente em matéria de Direito de família, a qual desapareceu com a separação entre a Igreja e o Estado.

Ainda quanto ao tema abordado, ROCHA contribui de forma primorosa quando trata da divisão do poder:

"Depois dessas observações sobre a significação da chamada divisão dos poderes, fica esclarecido que aquilo que existe na realidade é uma separação orgânica, ou seja, a criação de órgãos autônomos para exercitarem as diversas funções estatais.

Diante disto, fica sem sentido a afirmação de muitos escritores sobre a separação de poderes. Em verdade, o Poder do Estado é uno e indivisível, sendo impossível, por conseguinte, a divisão desse poder.

Aliás, a idéia da separação de poderes é contraditória, pois destruiria a unidade do poder estatal. Ademais, não se concilia com a noção de soberania, que, sendo una, por natureza, é incompatível com a noção de poderes divididos e separados.

Portanto, a chamada divisão de poderes, na verdade, é divisão de órgão ou separação relativa de órgãos para exercitarem as distintas funções do Estado. Uma coisa é o Poder do Estado, uno e indivisível; outra coisa é a diversidade de funções, com a correspondente diversidade de órgãos.

Concluindo, e resumindo, a separação de poderes é uma técnica para distribuir funções distintas entre órgãos relativamente separados. O poder é uno; as funções e os órgãos é que são distintos."²⁵

Assim, evidencia-se que a jurisdição, como poder de manifestação do Estado, cumpre a sua finalidade de fazer cumprir a ordem jurídica.

²⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 37.

²⁵ ROCHA, José de Albuquerque. op. cit. p. 84-85.

O céptico poderia aqui questionar sobre a validade da norma jurídica, o que levaria a uma reminiscência sobre o contrato social. Porém, seguindo uma vertente mais pragmática, deter-se-á na necessidade que é inerente ao Estado, isto é, na sua auto-conservação.

Sobre esta necessidade, assim RODRIGUES, se manifesta:

"Quando o Estado legisla, ele o faz no sentido de fixar normas que permitam a existência e o desenvolvimento da sociedade. Ao aplicá-las, no exercício da atividade jurisdicional, nada mais está fazendo do que atuar o Direito quando esse foi descumprido. Fá-lo para a sobrevivência da própria sociedade. Esse é o escopo. Mas a aplicação desse Direito tem de ser feita de tal forma que, através dela, se consiga pacificar a sociedade com justiça. É necessário que a decisão judicial seja justa e útil; também que possua legitimidade." ²⁶

Vê-se assim que, por meio da jurisdição, o Estado pode chegar ao caso extremo da utilização da força contra os seus cidadãos, mas para isto terá de gozar de legitimidade. Tal posição, levantada por RODRIGUES, é importante, pois revela que não é a força que legitima o Estado, antes é a legitimidade que permite a utilização da força. Se não fora assim seria impossível pacificar a sociedade.²⁷ As regras devem estar internalizadas para que a utilização da força seja vista como instrumento de Justiça e não de castigo. Ainda, segundo ROCHA, "... a existência mesma de um Direito respaldado na força já indica a possibilidade de suas normas não serem observadas." ²⁸ Todavia, sabe-se que a não-observância da norma não implica seu desconhecimento; motivo que leva à impossibilidade de tal argumento em juízo.

Estas observações contribuem para ressaltar a ação estatal no âmbito da jurisdição, bem como a legitimação social dessa instância de poder.

²⁶ RODRIGUES, H. W. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 23.

²⁷ RODRIGUES, H. W. *Idem*, *ibidem*.

2. Escopos da jurisdição

No estudo da função jurisdicional ocuparam-se os processualistas em delimitar seus escopos. Assim, torna-se relevante uma breve análise na construção que, ao longo do tempo, a processualística veio elaborando sobre os propósitos da jurisdição.

Nesse mister, trazemos breves pensamentos dos juristas, principiando pelos italianos, de maior influência no Brasil, e concluindo pelos brasileiros, em trabalhos mais recentes que granjearam maior número de adeptos entre nós.

CHIOVENDA, o fundador da escola italiana de processo define o escopo da jurisdição como a função do Estado que tem por objetivo a atuação da lei.

"Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva. [...] A soberania é o poder inerente ao Estado, quer dizer, à organização de todos os cidadãos para fins de interesse geral. Mas esse poder único insere três grandes funções: a legislativa, a governamental (ou administrativa) e a jurisdicional. Todas três irradiam do Estado; em especial, emana exclusivamente do estado a jurisdição. Hoje não se admite mais que, no território do Estado, institutos ou pessoas diversas do Estado constituam órgãos para a atuação da lei, como acontecia em outras eras, particularmente a favor da Igreja, cujos juízes sentenciavam em muitas matérias (especialmente nas relações entre eclesiásticos) com efeito civil também."²⁹

Pelo que se infere do texto acima, CHIOVENDA reproduz o pensamento dominante no primeiro quartel do século passado, quando os cientistas políticos ainda se curvavam às idéias de MONTESQUIEU, observando-se a nítida divisão dos "poderes que emanam do Estado". Pela magnitude de sua obra, as idéias de CHIOVENDA não sofreram muitas alterações nas obras dos seus contemporâneos e seguidores.

²⁹ ROCHA, J. A. *Teoria geral do processo*. p. 86.

CARNELUTTI, ao lado de CHIOVENDA e LIEBMAN, foi outro dos grandes responsáveis pela produção da ciência processual na Europa além de haver granjeado muitos seguidores no Brasil, influenciando o atual código de processo civil, definindo a "Lide" como "o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida".³⁰ CARNELUTTI fez, desse conceito, todo o esteio de sua obra.

Ao conceituar a lide, o processualista assim deixou o seu legado:

"O conflito existente de interesses denomina-se lide. A terminologia a esse respeito ainda não está consolidada; certamente, antes que se propusesse seu uso, com um significado científico preciso, a palavra era usada com mais de um sentido, tanto para denotar o conflito de interesse para cuja composição opera processo, como para denotar o próprio processo; há de se reconhecer também que as resistências à adoção do uso proposto tem sido justificadas em partes por certas imperfeições ou exageros inevitáveis nas primeiras investigações sobre a função do processo: um fruto dessas resistências é a terminologia incerta e imprópria do Código, no qual não somente se evitou cuidadosamente a palavra "lide", e o conceito desta se indica mediante a palavra "causa", muito menos própria, mas essa mesma palavra se emprega promiscuamente, tanto para indicar o objeto, como o meio da composição; em lugar de causa se diz também com frequência "controvérsia, palavra que, mais apropriada causa, se usa depois constantemente no título quarto do livro segundo a propósito de certas lides (lides de trabalho, lides coletivas), não por outra razão, senão porque já tinha sido adotada em textos anteriores, começando pela lei fundamental corporativa"³¹

Sendo assim, dentro do seu pensamento coloca o escopo da jurisdição como uma tarefa do Estado destinada a obter a justa composição da lide. Essas idéias foram profundamente revistas por LIEBMAN, com quem CARNELUTTI travou célebres debates.³²

LIEBMAN afirma que as definições de CHIOVENDA e CARNELUTTI se completam e por sua vez define a jurisdição como sendo a atividade dos

²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. Campinas: Bookseller, 1998. p. 8 e 9.

³⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. v. 1. Campinas: Cervanda, 1999. p.40.

³¹ CARNELUTTI, F. *Instituições de processo civil*. v. 1. p. 77.

³² DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3 ed. São Paulo: Malheiros. V 1. p. 290.

órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo Direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.

A respeito da jurisdição, assim é o seu pensamento:

"Feitas as leis, não se considera ainda plenamente realizada a função do Direito. Elas ditam, realmente as regras ordinariamente têm conteúdo abstrato e geral, é preciso assegurar, na medida do possível, a sua estrita observância, em nome da liberdade e dos direitos de cada um na ordem objetiva da convivência social; em outras palavras, é necessário, sempre que falte a observância espontânea, identificar, declarar e dar atuação a essas regras, caso por caso, nas vicissitudes concretas da vida de cada dia, eventualmente até mediante meios coercitivos.

Por isso, há um ramo do Direito destinado precisamente à tarefa de garantir a eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico, instituindo órgãos públicos com a incumbência de atuar essa garantia e disciplinando as modalidades e formas da sua atividade. Esses são os órgãos judiciais e a sua atividade chama-se, desde tempos imemoriais, jurisdição (*iurisdictio*); as pessoas que exercem a jurisdição chamam-se juízes e formam, no seu conjunto, a Magistratura; sua atividade desenvolve-se em direção dupla, através da cognição [*giudizio*] e da execução forçada."³³

Fica evidente, nessa passagem, que o pensamento de Liebman acabava de inaugurar uma nova fase nas pesquisas em torno do tema, porquanto cuidou de enfrentar, sem rodeios, a problemática sobre a função meramente declaratória da jurisdição, em antagonismo com aqueles que nela viam uma atividade criadora da ordem jurídica.

Com COSTA, iniciamos a apreciação dos principais processualistas brasileiros, cujas obras, ao longo do tempo, têm formado a opinião da ciência processual no Brasil, servindo de inspiração para tudo o quanto se tem produzido hodiernamente. Ao discorrer sobre os escopos da jurisdição, define as funções do Estado afirmando que a tripartição do poder não é absoluta e assim se expressa:

"O Estado procura alcançar a sua finalidade (o bem público) exercendo três funções: a função legislativa, a função executiva ou administrativa

³³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985 p. 4

e a função judiciária, jurisdicional ou jurisdição, cada uma confiada a um de seus poderes: o legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A separação não é absoluta. O Poder Executivo expede regulamentos, que, como a lei, contêm normas gerais obrigatórias. O Legislativo, em cada uma das câmaras, dispõe sobre a polícia interna, a criação e o provimento de cargos da secretaria (Constituição federal, art. 40). O presidente dos tribunais de justiça nomeia os empregados da secretaria do tribunal (Constituição federal, art. 97, nº II). O Tribunal de Contas funciona como poder Judiciário julgando as contas exatores da Fazenda (Constituição federal, artigo 77, nº II).

A distinção entre a função legislativa e a função jurisdicional é fácil: o Poder legislativo promulga normas gerais e, pois, abstratas. O Judiciário aplica essas normas a casos individuais, concretos." ³⁴

COSTA, por haver pautado seus ensinamentos na cultura jurídica alemã, conquistou o respeito da comunidade científica nacional, em especial dos processualistas da Escola Processual de São Paulo,³⁵ a qual teve, em REZENDE FILHO, um dos seus mais expressivos expoentes.

Na assertiva de REZENDE FILHO,

"jurisdição é uma função da soberania do Estado. É o poder de declarar o Direito aplicável aos fatos.

No regime da legalidade, é missão precípua do Estado manter o prestígio e a autoridade da lei. [...] Não mais se admite hoje que outras instituições ou pessoas, além dos juízes e tribunais, possam tornar-se, no território nacional, órgãos de atuação da lei." ³⁶

Novamente vemos, aqui, as clássicas concepções do pensamento político dos séculos XVIII e XIX, exercendo influência na formação da cultura de nossos estudiosos.

Segundo afirma DINAMARCO,

"o correto enquadramento político do processo conduz à insuficiência da determinação de um escopo da jurisdição e mostra a inadequação de todas as posturas só jurídicas, que a todo custo buscam a resposta

³⁴ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 196.

³⁵ ROSA, Eliézer. *Capítulos de história do direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio Editora, 1975. p. 99-115.

³⁶ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues. *Curso de direito processual civil*. v 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1959. p. 157.

ao problema nos quadrantes do Direito, sem descortinar o panorama sociopolítico em que inserida a própria função deste" ³⁷

Sobre o pensamento de DINAMARCO, discorreu SIQUEIRA, afirmando que fora ele

"o responsável por uma verdadeira revolução nos estudos do Direito processual, inserindo-o no contexto de redescoberta da função instrumental do processo. Dinamarco amplia o conteúdo da função jurisdicional, adaptando-a a essas novas conquistas. Assim é que apresenta, como escopos da jurisdição, os sociais, os políticos e os jurídicos. Os primeiros, tendo como finalidade pacificar com justiça e educação dos jurisdicionados. Nos escopos políticos, aparecem as técnicas de participação democrática nos negócios do Estado." ³⁸

Na afirmativa de RODRIGUES, "a jurisdição, como se sabe, é uma função estatal, regra geral exercida pelo Poder Judiciário", este "no exercício da função jurisdicional, é a manifestação do próprio Estado". Porém,

"... é necessário pensar a jurisdição não mais apenas como mera atividade de aplicação do Direito, na tradicional visão da separação dos poderes de Montesquieu. Expressão do poder, a jurisdição é canalizada à realização dos fins do próprio Estado.... (Dinamarco: 1987:207) Incorporado contemporaneamente em um Estado intervencionista e que possui função social, é nesse quadro que deve ser compreendida. Sua atividade deve ser voltada ao cumprimento dos objetivos fixados pelo Estado no qual está inserida; na fixação desses é indispensável levar em consideração as necessidades e aspirações da sociedade. É esse elemento que lhe confere legitimidade." ³⁹

Com relação aos fins do próprio Estado, RODRIGUES⁴⁰ ainda ensina que a existência e o desenvolvimento da sociedade tornam-se o sentido da legislação estatal. Logo, no exercício jurisdicional o juiz nada mais está fazendo do que aplicando o Direito quando ele é descumprido. Sendo assim, a

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 212.

³⁸ SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A Defesa no Processo Civil: As exceções substanciais no processo de conhecimento*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995 p. 26.

³⁹ RODRIGUES, H. W. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. p. 22 - 24.

⁴⁰ RODRIGUES, H. W. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. p. 23.

sobrevivência da sociedade, bem como sua educação para o uso de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações são o escopo jurídico.

Ainda se pode depreender, das lições que por último foram transcritas, que é somente em meados do século XX que se verificam mudanças metodológicas no enfoque, entre os processualistas, da função jurisdicional. Assim, com DINAMARCO e RODRIGUES, a ciência processual passa a se tornar mais permeável às influências do pensamento político moderno, onde não se insiste na nítida separação dos poderes do Estado, e sim, no reconhecimento da função única estatal, destinada à manutenção da Justiça e da paz social, mais se acentuando as “funções do Estado” do que os seus “poderes”.

3. O Poder Judiciário na Organização Estatal Brasileira

No início da colonização do Brasil, não havia aqui organização judiciária, uma vez que vigoravam as Ordenações Filipinas, cujas fontes eram o Direito Romano, o Direito Germânico e o Canônico, as Leis das Partidas de Castela, antigos costumes nacionais, das cidades e vilas lusitanas.

O Poder Judiciário evoluiu juntamente com a estruturação da sociedade brasileira.

Historicamente a organização Judiciária Brasileira pode ser dividida em três períodos distintos: Brasil-Colônia, Brasil-Império e Brasil-República. Na primeira fase, a do Brasil Colônia, não há como se falar em Organização Judiciária pois a divisão territorial era regulada pelo regime das capitanias hereditárias e a estrutura normativa adotada por Portugal era aplicável ao Brasil-Colônia. Essa estrutura era de poder absoluto, unipessoal e arbitrário. Qualquer recurso deveria ser enviado a Lisboa e solucionado pelas leis e juízes lusitanos.

Em matéria de organização judiciária, o sistema comum a Portugal e ao Brasil, até a independência, obedecia a uma divisão de juízes singulares e

juízes colegiados.

Há de se ressaltar que durante a fase do Brasil-Colônia, o Judiciário reproduzia toda a burocracia lusitana. A sociedade era patrimonialista, burocrática e rural. Os juízes representavam a burocracia da Metrópole portuguesa nas colônias ultramarinas. Os juízes singulares,⁴¹ que constituíam a primeira instância, eram classificados nas seguintes categorias:

a) Juízes de vintena – eram os magistrados das aldeias e a denominação vintena significava vigésima parte dos jurisdicionados. Julgavam causas de pequena importância. Eram também chamados de juízes limitados ou subjuízes. Questão interessante é que a finalidade maior era de levar Justiça até ao povo, bem similares aos atuais juizados especiais⁴². Eram juízes nomeados pelas câmaras municipais, tendo mandato de um ano e jurisdição em localidades de até vinte famílias. A sua competência consistia em :

- julgar oralmente as causas, excluídas as relativas a imóveis, com alçada até 300 réis em aldeias de menos de cinquenta moradores, até seiscentos réis em aldeias de menos de cem moradores; até novecentos réis em aldeias de menos de cento e cinquenta moradores; até mil e duzentos réis em aldeias de maior número de moradores;
- julgar infrações contra as posturas municipais;
- prender criminosos.

As sentenças dos juízes de vintena eram irrecorríveis.

b) Almotacés – eram juízes que compunham cada conselho. Dois deles atuavam pelo prazo de apenas um mês. No primeiro mês, assumiam o cargo os juízes do ano anterior; nos meses subseqüentes, o cargo era ocupado pelos vereadores em exercício, mediante critério de antigüidade, até que, esgotado o número destes, pelo procurador e uma pessoa eleita; a seguir, eram eleitos tantos almotacés quantos fossem os meses restantes do ano, sendo indicado o par de cada mês por sorteio. A competência desses juízes era:

- apreciar os litígios sobre servidões urbanas e nunciações de obra

⁴¹ NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 221-223

⁴² SILVA, Otacílio Paula. *Ética do magistado à luz do direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.112.

nova;

- prender e apresentar ao juiz competente os que, responsáveis pela defesa de multas, entrassem em conchavo com os infratores para eximi-los do encargo.

Das sentenças dos almotacés seria possível interpor recurso para os juízes ordinários em causas com valor até 18 mil réis; nas de valor acima e nas condenações a penas corporais, recorria-se para os ouvidores da comarca.

c) Juízes ordinários – eram os juízes eleitos para cada conselho e para mandato de um ano. Sua característica era a eleição pelo povo e pelos homens bons de cada vila. Nas localidades de população acima de duzentas pessoas, a sua alçada era de três mil réis; nas localidades menos populosas, de 1.800 ou 1.200 réis, se tratasse de bens móveis ou de imóveis. Nos casos de impedimento passageiro um juiz era substituído por outro e ambos pelo vereador mais antigo; se a substituição fosse prolongada, como no caso de morte, o conselho e a câmara escolhiam o substituto. Aos juízes ordinários competia:

- processar e julgar com os vereadores as injúrias verbais cujas sentenças eram irrecorríveis, salvo se uma das partes fosse fidalgo ou cavaleiro;
- processar e julgar com os vereadores os furtos praticados por escravos até mil e duzentos réis, cujas sentenças também eram irrecorríveis;
- conhecer dos recursos sobre as decisões dos almotacés nas causas de valor de até dezoito mil réis.

d) Juízes de fora – eram os juízes nomeados por carta régia para mandato de três anos, que vale dizer temporários, atuando em vários lugares, daí porque chamados juízes itinerantes. Recebiam essa denominação porque entendia-se que juízes estranhos à comunidade em que residiam e atuavam não seriam imparciais. Tinham de ser bacharéis e suas atribuições eram as mesmas dos juízes ordinários, sendo seus substitutos eventuais.

e) Juízes órfãos – podiam ser eleitos, como os juízes ordinários, ou nomeados, como os juízes de fora, com jurisdição nos termos que abrangessem quatrocentas famílias ou mais. A sua competência era:

- processar e julgar os inventários nos quais figurassem menores e incapazes, bem como as causas provenientes desses inventários;
- nomear tutores e curadores, fiscalizar a sua administração, exigir-lhes prestação de contas e destituí-los;
- cuidar da subsistência e educação dos menores órfãos.

f) Juízes de sesmaria – eram os juízes escolhidos, um para cada vila e com mandado de três anos, pela Mesa do Desembargo de Paço ou pelos governadores de capitania, de uma lista tríplice organizada pelas câmaras municipais. A sua competência, quando as partes não optassem pela Justiça ordinária, era decidir sobre a mediação e demarcação de terras de sesmaria, cabendo de suas sentenças recurso para os ouvidores de comarca.

g) Ouvidores de comarca – eram os juízes nomeados por carta régia, uma para cada comarca e para mandato de três anos. Exerceram papel importante na fase colonial do Brasil, como braços fortes dos donatários, capitães ou governadores das capitanias, com funções administrativas e jurisdicionais⁴³. Nas comarcas em que houvesse minas, sua alçada era de vinte e cinco mil réis nas causas referentes a imóveis e de trinta mil réis nas referentes a móveis; nas demais era, respectivamente, de dezesseis e vinte mil réis. Os juízes de fora eram os seus eventuais substitutos. A sua competência era:

- conhecer das suspeições argüidas em relação a juízes ordinários e de fora;
- conhecer das causas cíveis e criminais em que fossem partes juízes, alcaides, procuradores, tabeliães, fidalgos, abades e priores;
- conhecer dos recursos sobre sentenças dos juízes ordinários e de fora;
- decretar a prisão de criminosos;
- conceder cartas de seguro;
- inspecionar prisões;
- comunicar aos prelados a má conduta de clérigos;
- fazer correição nos julgados da sua comarca;

- fazer observar os regimentos dados aos juízes e serventuários da Justiça;
- fazer observar os forais de cada localidade;
- anular as posturas municipais contrárias às normas prescritas pelas ordenações.

Em 1808, com a vinda da família real para o Rio de Janeiro, D. João VI transformou o Tribunal de Relação em Casa de Suplicação do Brasil e a denominou como Superior Tribunal de Justiça, última instância judiciária. Os ministros desse tribunal teriam a mesma alçada dos que têm os da Casa da Suplicação de Lisboa, última instância da Metrópole.

Na composição desse tribunal de cúpula⁴⁴, se dividiam em:

- a) Duas Mesas – uma, que julgava matérias cíveis; e outra, que julgava as matérias criminais;
- b) Grande Mesa – que se reunia ordinariamente uma vez por semana para conhecer das decisões da Mesa.

Com a Constituição Federal de 1824, a Casa de Suplicação passou a denominar-se Supremo Tribunal de Justiça e, mais tarde, em 1890, Supremo Tribunal Federal e sua competência consistia em:

- conceder ou denegar revista;
- julgar os crimes praticados pelos seus membros, pelos desembargadores, pelos membros do corpo diplomático e pelos presidentes de província;
- decidir sobre os conflitos de jurisdição.

Nessa fase do Regime das capitanias hereditárias, não havia uma sociedade civil organizada e, conseqüentemente, inexistia legislação a respeito, mormente numa época em que não havia direitos individuais expressos.

O Governador era uma figura híbrida, desempenhando, ao mesmo tempo, a função de governador de armas, a de governador da Justiça e outras tantas que variavam no tempo e no espaço, de acordo com os interesses de

⁴³ SILVA, O. P. op. cit. p. 115.

⁴⁴ NASCIMENTO, W. V. do. op. cit. p. 224.

Portugal.

Nas Relações do Rio e da Bahia, havia mais de trinta pessoas remuneradas – até desembargadores – entretanto, na maior parte da Colônia, existiam apenas os juízes ordinários (leigos). A Capitania do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, juntamente com a jurisdição Eclesiástica, faziam as vezes de Organização Judiciária no início de nossa colonização, feita à força, à custa do serviço escravo.

A Relação da Bahia, uma das principais, vigorou até 1757, sendo instituída, suspensa e restabelecida, respectivamente, por Alvarás datados de 7 de março de 1609, de 5 de abril de 1626 e 12 de setembro de 1752. Com sua criação, cabia ao Rei nomear os Desembargadores ou Ministros, sem vitaliciedade, podendo ser transferidos para outras Relações, ou até mesmo Lisboa.

O Regime das capitanias hereditárias permaneceu até 1573 (defendia-se a Colônia Portuguesa). Em 1677 já se notava certa formação política e administração mais centralizadora e, em 1712, ocorreu a separação das atividades do administrativo e do Judiciário: À Relação de Lisboa subordinava-se a capitania do Maranhão e as demais à Relação da Bahia, onde se instalou, em 1607, o primeiro Tribunal, pelo Rei D. Felipe. Esse quadro transformou-se com a Independência do País em 1822 e o advento da Constituição de 1824.

A Constituição de 1824⁴⁵ previa um Poder Judiciário com estrutura organizacional deferida e competências explicitadas, inclusive no que se refere à sua independência, o Poder Moderador, pelo próprio texto da Constituição Imperial, a impediu, com profundos efeitos sobre sua organização e o exercício das atribuições constitucionais.

A Constituição Imperial dividiu a composição do Poder Judiciário entre os juízes e os jurados (art.152).⁴⁶ Os jurados se pronunciariam sobre os fatos e os juízes aplicariam a lei.

A organização judiciária na época do Império ficou delineada em duas instâncias, pois o Supremo Tribunal de Justiça, que era um poder político, não

⁴⁵ CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 813-834.

⁴⁶ CAMPANHOLE, H. L. op. cit. p. 829.

funcionava como instância recursal, mas como uma instância de revista, e os recursos acabavam nas Relações.

O Poder Judiciário, apesar de ser considerado um poder independente na Constituição do Império, no seu art. 151, estava subordinado ao Poder Moderador, conforme se vê no art. 154 da Constituição Imperial, cuja inspiração foi trazida ao texto constitucional por Benjamin Constant, que entendia ser necessário um outro poder para neutralizar conflitos entre os demais. Esse poder era exercido pelo Imperador.

No período imperial, a atividade jurisdicional não era monopólio do Poder Judiciário, era um exercício dividido com o Conselho de Estado – que a exercia por através do contencioso administrativo – e com o Poder Moderador, que a exercia por meio de atributos constitucionais. Os juízes não tinham o predicamento da inamovibilidade e o Imperador poderia removê-los quando quisesse.

Ainda na fase do Brasil Império, surge a primeira lei que cuida da Organização Judiciária brasileira, datada de 28 de novembro de 1832 que fixa linhas mestras ao exercício da jurisdição, conferindo-lhe atribuições específicas, além de estabelecer uma hierarquia judiciária e prescrever sobre temas de processo e acesso ao pretório. Após a reforma de 1832, a primeira instância passou a ter a seguinte composição:

a) Juízes de Direito da comarca – os cargos de juízes de Direito foram criados e teriam lugar tanto no cível como no crime. Eram nomeados pelo Imperador entre os bacharéis em Direito bem conceituados com prática do foro pelo menos de um ano, com preferência para os que tivessem servido como juiz municipal ou promotor. Além da competência comum ao juiz de primeira instância, podiam conhecer de recurso das decisões sobre fianças concedidas ou denegadas pelo juiz de paz;

b) Juízes de órfãos – eram os juízes que, segundo as Ordenações Manuelinas, atuavam em todas as vilas e lugares com 400 vizinhos ou mais. Suas atribuições eram mais administrativas e assistenciais que jurisdicionais:

- determinar, ao escrivão, catalogação dos órfãos existentes na vila, com características pessoais e situação econômica;

- criar e cuidar da sua educação; processar;
- julgar inventários e partilhas quando houvesse herdeiro menor ou incapaz; nomear, remover e tomar conta dos tutores e curadores;

c) Juízes municipais, que atuavam em termos ou subdivisões da comarca. Apareceram nas disposições transitórias acerca da administração da Justiça, do Código de Processo Criminal de 1832, com alçada inferior aos juízes de Direito, mas que podiam substituir a estes últimos em certas circunstâncias;

d) Juízes de paz, que atuavam em divisões distritais dos Municípios. Figuraram na Constituição de 1824, pela primeira vez, eletivos ao mesmo tempo e maneira dos vereadores das Câmaras (art.162). Lei de 15.10.1827 criava em cada uma das freguesias e capelas um juiz de paz, com funções administrativas, policiais e jurisdicionais, sendo elas, neste último caso, de natureza conciliatória e de jurisdição com alçada até 16.000 réis;

e) Juntas de paz, que apreciavam os recursos sobre decisões dos juízes de paz.

Assim, a primeira instância era composta de juízes de paz, que eram juízes leigos e locais, com funções conciliatórias. Os juízes de Direito eram togados e locais. O júri era a Justiça popular e leiga. Os juízes árbitros formavam a Justiça consensual e arbitral.

A segunda instância era composta⁴⁷ de juízes colegiados, e se dividia nos seguintes tribunais:

a) Desembargo do Paço, encarregado de apreciar matérias sobre liberdade (graça, indulto, perdão, comutação de pena), sobre adoção, legitimação e emancipação, sobre reintegração de posse e censura de livros;

b) Mesa da Consciência e Ordens, que tratava do provimento de benefícios da administração de comendas e dos negócios relativos a interditos, cativos, ausentes e defuntos;

c) Conselho da Fazenda, ao qual estava afeto fiscalizar a arrecadação tributária e os bens da Coroa, sobre cujas matérias tinha jurisdição privativa e exclusiva;

⁴⁷ NASCIMENTO, W. V. do. op. cit. p. 223-224.

d) Tribunal de Relação, que julgava os recursos ou embargos. Seus membros se denominavam desembargadores e suas decisões, acórdãos. Existiram dois Tribunais de Relação no país, o da Bahia e o do Rio de Janeiro.

Além disso, o Ministério Público era o órgão que representava o imperador e fazia ouvir perante os tribunais e também o Ministério da Justiça perante as diversas hierarquias do Poder Judiciário. Dentre as atribuições, o MP defendia os direitos da sociedade e do governo junto aos tribunais, aos juízes municipais e ao Supremo Tribunal de Justiça, além das delegacias de polícia.

Na reforma de 1832, os órgãos acima foram reduzidos a duas categorias:

- a) Juntas da Fazenda;
- b) Tribunais de Justiça.

A lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, cogitou que as autoridades policiais deveriam existir nas Províncias e das autoridades judiciárias (Juízes Municipais, Promotores Públicos, Juízes de Direito, Jurados), além de conferir capítulo especial sobre a competência das autoridades judiciárias.

Com o Regulamento nº 143, de 15 de março de 1842 tem-se a jurisdição dos Juízes de Paz, dos Juízes Municipais, dos Juízes de Direito, da jurisdição de Órfãos, dos Juízes e Tribunais de Segunda Instância, da Ordem do Juízo. Passou-se, ainda, a Ordem dos Recursos, Apelações, Agravos e Embargos, a ordem de Alçadas, das Correições, Emolumentos, Salários e Custas Judiciais.

A fase Republicana surge com a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891⁴⁸ afirma que o Poder Judiciário é independente e harmônico, colocado no mesmo plano dos outros poderes do Estado (art. 15 da CF).

A Constituição de 1891 é fruto dos movimentos que queriam a proclamação da República e a organização federativa. O Decreto nº1/1889, transformou as Províncias em Estados federados e vigorou como constituição

⁴⁸ CAMPANHOLE, H. L. op. cit. p. 751-780

até 22 de junho de 1890.

Antes da promulgação da constituição republicana, na vigência do Decreto n. 1/1889, o Governo Provisório, por meio do Decreto n. 848/1890, organizou a Justiça Federal, transformou o Supremo Tribunal de Justiça em Supremo Tribunal Federal, revogou toda a regulamentação processual, estabeleceu as regras do processo, denominado “ processo federal”, e ainda dispôs sobre as formas de interpretação dos casos omissos, desde que não contrariassem o espírito do decreto.

Com a proclamação da República, institui-se no Brasil o modelo de Montesquieu da separação dos poderes, ou seja, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A Constituição de 1891 resguardou o princípio federativo da dualidade da Justiça; tornou expresso que o Poder Judiciário da União teria por órgão um Supremo Tribunal Federal, juízes e Tribunais Federais, e não afirmou a estrutura de organização da Justiça dos Estados.

A reforma constitucional, em 1926, aprovou e inseriu no texto constitucional a garantia de inamovibilidade dos magistrados – que ficou sendo a terceira garantia ao lado das de vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos, previstas na Constituição – e também outras medidas que delinearam com mais clareza as competências e a organização das justiças federal e estadual.

A reforma constitucional de 1926,⁴⁹ antecipada pelos movimentos revolucionários de 1922 e 1924, foi sucedida pelo movimento revolucionário de 1930, que redundou na abolição da Constituição, no fortalecimento do Poder Executivo – instalando-se no governo central e autoritário – e na suspensão de todas as garantias constitucionais, excluindo-se até da apreciação judicial os decretos e atos do Governo Provisório e de seus agentes, assim como impossibilitou o uso do *habeas corpus* nos crimes de competência de tribunais especiais, vinculados ao Poder Executivo.

A revolução de 30 vai resultar num regime de força que mais tarde vai

⁴⁹ CAMPANHOLE, H. L. op. cit. p. 796-803.

se institucionalizar no país. E, nesse palco, surge a Constituição de 1934.⁵⁰

"A Constituição de 1934, dentre suas inovações, introduziu o sistema de coordenação dos poderes. Os poderes eram divididos, independentes e coordenados." ⁵¹ A prerrogativa de coordenar era de responsabilidade do Senado Federal.

Esta constituição distinguiu, ao lado dos direitos individuais, os direitos sociais possibilitando a inserção no texto constitucional para matérias como a ordem econômica, Justiça social, família e Justiça eleitoral.

Na primeira Constituição Brasileira do século XX, o cidadão brasileiro conquistou, pela primeira vez, os direitos sociais, tendo, inclusive, um título denominado da Ordem Econômica e Social (arts. 115 a 143),⁵² além de corroborar os direitos políticos (arts. 106 a 112)⁵³ e os direitos e garantias individuais (arts. 113 a 114).⁵⁴

A mesma Carta Constitucional conservou o princípio dual de Justiça, dispondo o Poder Judiciário em âmbito federal, estadual, nitidamente demarcados. O Supremo Tribunal Federal mudou sua nomenclatura para Corte Suprema. Na organização da Justiça estadual, recebeu as conquistas jurisprudenciais do período constitucional de 1891, esclarecendo as regras de trato entre as duas Justças, federal e estadual. Desta forma, ultrapassou a Constituição de 1891 que não teve sucesso na instalação da Justiça estadual, frustrando, assim, os ideais republicano e federativo.

A Constituição de 34 estipulou ainda a criação de um Tribunal Especial com competência para o julgamento dos Ministros da Corte Suprema e do Presidente da República nos crimes de responsabilidade. Esta Constituição, como o decreto 848/1890 do Governo Provisório e a Constituição de 1891, previu a criação de Tribunais Federais, definindo, inclusive, as suas competências e jurisdição.

Um grande avanço da Constituição de 1934, na seara dos direitos políticos, foi a criação da Justiça Eleitoral, com extensas atribuições,

⁵⁰ CAMPANHOLE, H. L. op. cit. p. 683-739.

⁵¹ CAMPANHOLE, H. L. op. cit. p. 716-717.

⁵² CAMPANHOLE, H. L. op. cit. p. 718-723.

⁵³ CAMPANHOLE, H. L. op. cit. p. 714-715.

⁵⁴ CAMPANHOLE, H. L. op. cit. p. 716-718.

organizada de forma descentralizada, possibilitando, até, o controle do processo eleitoral e da legitimidade do voto.

Constitucionalmente, a Justiça Militar foi criada em 1891. A Constituição Federal de 34 manteve esta Justiça com a mesma organização dada pela Constituição anterior e admitiu a criação, por lei, de tribunais e juízes inferiores. Em 1936, pela lei nº 244, acresceu-se aos órgãos da Justiça Militar o Tribunal de Segurança Nacional, que funcionaria sempre que decretado o estado de guerra.

A Constituição Federal de 1934 estabeleceu a criação de juízes de paz eletivos, com atribuições a serem regulamentados por lei. Ao lado dos juízes de paz foi prevista a criação dos juízes temporários não-togados, que podiam, até, substituir os juízes vitalícios. Esses juízes não tinham as garantias da magistratura.

Além dos órgãos do Poder Judiciário com função jurisdicional, a Constituição Federal de 1934 também prenunciou outros, não ligados ao Poder Judiciário, mas ao Executivo, denominados de Justiça do Trabalho e Tribunal Marítimo Administrativo.

A Constituição Federal de 1937, diferentemente das demais Constituições, ao regulamentar a organização dos poderes, não mencionou o clássico princípio da separação dos poderes. "A carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta." ⁵⁵ No seu corpo normativo é visível a interferência do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. O Poder Legislativo foi violado na sua competência para legislar e o Poder Judiciário ficou inibido na sua capacidade de julgar. Essa constituição representou um retrocesso à supremacia do Poder Judiciário.

A Carta Magna de 1937 alterou a organização do Poder Judiciário feita em 1934, sustentou o princípio da dualidade da magistratura, insculpido desde a Constituição de 1891, apesar de ter demonstrado tendência à unificação das Justças, mormente ao extinguir a Justiça Federal, "deixando o Poder Judiciário

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 85.

estruturado entre o Supremo Tribunal Federal, a Justiça estadual e a militar⁵⁶. Esta Constituição previu a criação da Justiça do Trabalho, excluída do conjunto de disposições constitucionais aplicáveis à Justiça comum. Previa sua implantação por meio de lei ordinária. Isso só ocorreu em 1942, por força do decreto nº 22.132, que ainda está vigente.

Esta constituição, além de suprimir a Justiça Federal, não mencionou no seu texto a Justiça Eleitoral nem se reportou ao Tribunal do Júri. Deixou ainda o "Poder Judiciário proibido de conhecer questões exclusivamente políticas".⁵⁷

A constituição democrática de 1946 vem restaurar a supremacia do Poder Judiciário, assegurando a sua posição como um dos três poderes da nação, e garantindo aos magistrados os clássicos e consagrados predicamentos do magistrado: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, que firmam sua independência e autonomia.

O mandado de segurança, instituto criado na Constituição Federal de 1934 e suprimido na Carta Constitucional de 1937, foi restaurado na Constituição Federal de 1946 como instrumento de proteção ao Direito líquido e certo e de controle de constitucionalidade. O *habeas corpus* foi preservado obedecendo aos limites da garantia de locomoção, contra o abuso de qualquer autoridade, com recurso em todas as instâncias judiciárias. A ação popular foi também restaurada de forma mais ampla do que do momento em que foi criada.

O Supremo Tribunal Federal foi mantido com as mesmas competências previstas anteriormente.

A democrática Constituição Federal de 1946⁵⁸ criou o Tribunal Federal de Recursos, previsto desde a Constituição de 1891, no momento em que já havia uma reclamação concernente ao excesso de trabalho atribuído ao Supremo Tribunal Federal. A criação do Tribunal Federal de Recursos visou restringir as competências do Supremo Tribunal Federal, limitando "os casos

⁵⁶ ARAÚJO FILHO, Evilásio Correa de. *Cidadania e legitimação do judiciário*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 281

⁵⁷ ARAÚJO FILHO, E. C. de. op.cit. p. 282.

⁵⁸ CAMPANHOLE, H. L. op. cit. p. 473-528.

de cabimento de recurso extraordinário e transferir as matérias que o tornavam segunda instância".⁵⁹

A Justiça Federal de primeira instância não foi abordada no texto inicial da Constituição de 1946, e as suas prerrogativas foram transferidas para as Justiças estaduais. Neste período a Justiça Federal ficou organizada com jurisdição especial em duas instâncias: a primeira, composta pelos juízes locais, e a segunda, pelo Tribunal Federal de Recursos. As causas de interesse das autarquias não eram apreciadas pela Justiça federal.

A Justiça Federal de primeira instância foi restabelecida pelo ato institucional nº 2/65 e estabeleceu que o provimento inicial de seus cargos se faria por nomeação do Presidente da República entre os brasileiros de notório saber jurídico e ilibada reputação.

A Justiça Eleitoral suprimida em 1937 ressurgiu na Constituição Federal de 1946.

A Justiça do Trabalho, na Constituição Federal de 1946, foi considerada pelo art. 122 como uma categoria de Justiça Federal especializada, dando-lhe estrutura, composição e definição de competências.

A Constituição de 1946 manteve o princípio da dualidade da Justiça ordinária da Constituição de 1891. Nesta Constituição, ao lado da Justiça federal, a Justiça estadual ficou organizada sob a competência dos estados-membros, que poderiam atender, na sua organização, às peculiaridades de cada Estado, respeitados os princípios traçados pela Constituição Federal. Esta constituição permitiu a criação de Tribunais de Alçada inferior ao Tribunal de Justiça, com o objetivo de desafogar o órgão de cúpula do Poder Judiciário estatal. Esta Constituição também possibilitou a criação da Justiça de Paz Temporária e Temporária Togada, já previstas nas Constituições de 1934 e 1937, no âmbito da Justiça estadual. Ela permitiu a inclusão, no âmbito da Justiça dos estados, da Justiça Militar estadual, organizada segundo os princípios da lei federal, e que teria como órgão, em primeira instância, os conselhos de Justiça e, em seguida, um Tribunal Especial ou o próprio Tribunal de Justiça.

⁵⁹ ARAÚJO FILHO, E. C. de. op.cit. p. 344.

Por força do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, a função jurisdicional foi restringida sobremaneira, pois o referido ato excluiu da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo Comando da Revolução de 1964 e pelo Governo Federal, realizados com fundamento no Ato Institucional nº 9, de 9 de abril de 1964, nesse mesmo Ato Institucional e em seus atos complementares e, ainda, nas Resoluções das Assembléias Legislativas e da Câmara dos Vereadores, pelos quais tivessem sido cassados os mandatos eletivos de governadores, deputados, prefeitos e vereadores, a partir de 31 de Janeiro de 1964 (art. 19). Por seu turno, as Constituições de 1967 (art.150, § 4º) e a Emenda Constitucional nº 1 (art.153, § 4º) ratificaram o mesmo princípio contido na Constituição de 1946. Ao final, o Ato Institucional nº 5, de 13/12/68, art. 11, isentou "de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Complementares, bem como os respectivos efeitos.", suspendendo, ainda, as garantias constitucionais dos magistrados.

Em 1966, a Lei nº 5.080 restabeleceu a Justiça Federal, em duas categorias de juízes, nos seguintes moldes: juízes federais e juízes federais substitutos.⁶⁰

Em 09 de abril de 1964, pelo Ato Institucional nº 1/64, o Poder Judiciário sofreu profundas mudanças que representaram um verdadeiro retrocesso às conquistas da Constituição Federal de 46.

A Constituição de 1967 foi promulgada no contexto da mais profunda crise institucional brasileira. No seu bojo, o Poder Judiciário ficou restringido de exercer com autonomia as suas funções, mormente no que tange aos assuntos ligados aos direitos e garantias individuais, que se encontravam bem "limitados pela força impositiva do Ato Institucional nº5/68 e da Emenda Constitucional nº 1/69"⁶¹, principalmente em função "das atribuições da Justiça Militar para processar e julgar crimes de natureza política ou que contrariassem a Lei de Segurança Nacional"⁶².

O Supremo Tribunal Federal, durante esse momento de 1967, padeceu

⁶⁰ NASCIMENTO, W. V. do. op. cit. p. 225.

⁶¹ ARAÚJO FILHO, E. C. de. op.cit. p. 413.

⁶² ARAÚJO FILHO, E. C. de. Idem, ibidem.

com algumas modificações fundamentalmente no que se refere à competência para concessão de *habeas corpus* e mandado de segurança.

A Justiça Federal, nessa época, teve nova estrutura e também foram criados na esfera da Justiça dos estados o Tribunal de Alçada e a Justiça Militar. A democracia reaparece no Brasil e com seus ventos a Constituição Cidadã.

O Poder Judiciário na Constituição de 1988 abre um novo espaço dentro da organização do Estado Brasileiro. Ele representa um avanço na sociedade moderna, principalmente quando analisa os novos instrumentos processuais-constitucionais de proteção dos direitos da cidadania, destacando-se os direitos do consumidor, do meio ambiente, dos interesses difusos e coletivos, dentre outros.

A história constitucional brasileira é marcada por uma acentuada instabilidade na definição dos poderes, que atinge, em particular, o Legislativo e o Judiciário e que se traduz, no elevado número de emendas, leis, atos, medidas provisórias e outras providências emergenciais ou corretivas.

Com a promulgação da Constituição de 1988, os poderes foram reorganizados, distinguindo-se o modelo harmônico e equilibrado entre as três órbitas: legislativa, executiva e judiciária.

A Constituição Federal de 1988⁶³ alterou a organização judiciária brasileira, cuja forma vinha sendo reproduzida desde 1891, ao introduzir "entre o Supremo Tribunal Federal e a Justiça de segunda instância estadual e federal o Superior Tribunal de Justiça"⁶⁴, responsável não só da guarda da legislação federal, mas da interpretação e uniformização do Direito federal.

Dessa forma, a grande inovação da Constituição Federal de 1988 no que concerne à organização judiciária é a criação do STJ, composto de trinta e três ministros, sendo escolhidos dentre os juízes dos tribunais estaduais e federais de segunda instância. Além disso, a Constituição Federal de 1988, possibilitou a criação dos juizados especiais cíveis e criminais, a criação de uma Justiça fundiária e a relevância dada aos juízes da paz. Redimensionou as relações jurídicas, ampliando o seu conceito e objeto, tornando possível a

⁶³ CAMPANHOLE, H. L. op. cit. p. 15-124.

absorção pelo Poder Judiciário das novas demandas, provenientes da sociedade moderna, por meio de instrumentos processuais-constitucionais e políticos apropriados à proteção de direitos individuais, difusos e coletivos.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 92, definiu quais são os órgãos do Poder Judiciário Brasileiro. São eles:

O Supremo Tribunal Federal

O Superior Tribunal de Justiça

Os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais

Os Tribunais e Juízes de Trabalho

Os Tribunais e Juízes Eleitorais

Os Tribunais e Juízes Militares

Os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

4. Garantias da Magistratura no Direito Brasileiro

As garantias essenciais para o exercício da magistratura na Constituição Brasileira estão asseguradas nos incisos I, II e III do art. 95 da Carta Federal de 1988.

A respeito da vitaliciedade, esta é de suma importância, eis que o juiz, no desempenho de sua função precisa de tranquilidade, segurança e estabilidade. Entretanto, acerca de tal predicamento, ocorrem, não raras vezes, alguns abusos, arbitrariedades e corrupções.

A inamovibilidade, apesar de ser uma garantia, está implicitamente inserida na vitaliciedade.

ROCHA, examinando os predicamentos, assim os define e explica:

"A primeira das garantias constitucionais de independência dos juízes é a vitaliciedade. Dizer que o magistrado é vitalício significa dizer que não pode perder seu cargo, senão por sentença judicial proferida em processo contencioso. [...]"

⁶⁴ ARAÚJO FILHO, E. C. de. op.cit. p. 513

Inamovibilidade é o Direito do magistrado de não ser removido, transferido, nem promovido sem seu consentimento. A remoção é, exatamente, a mudança do funcionário de uma repartição para outra. Não se confunde com a transferência, que é a mudança de um cargo para outro. Dessa forma, a inamovibilidade é o Direito do juiz de não ser mudado de uma repartição para outra.

Assim, o juiz não pode ser removido de uma vara para outra do mesmo fórum, nem, com maior razão de uma comarca para outra. [...]

Como dissemos a inamovibilidade compreende também o Direito de não ser promovido contra a sua vontade. Isto significa que o juiz tem o Direito a recusar a promoção. [...]

A irredutibilidade de vencimentos é a garantia de não Ter os vencimentos reduzidos, salvo quanto à incidência dos impostos gerais, inclusive o de renda [C.F., art. 95, III]. Impostos gerais são os que incidem sobre todas as pessoas sem discriminação."⁶⁵

É de observar que as garantias constitucionais são exclusivas dos juízes togados.

Assim, podemos concluir que a vitaliciedade somente é alcançada após o estágio probatório de dois anos e, somente com sentença judicial passada em julgado, assegurada ampla defesa e contraditório é que perderá a função. Por outro lado, a vitaliciedade diz respeito à carreira e, a inamovibilidade diz respeito ao cargo.

Nesse diapasão, DALLARI afirmou:

"Longe de ser um privilégio para os juízes, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes imparciais para harmonização pacífica e justa dos conflitos de direitos. A rigor, pode-se afirmar que os juízes têm a obrigação de defender sua independência, pois sem esta a atividade jurisdicional pode, facilmente, ser reduzida a uma farsa, uma fachada nobre para ocultar do povo a realidade das discriminações e das injustiças. Essa conjuração de perspectivas, que tem sido pouco ressaltada, forma conveniente e oportuna uma reflexão sobre esse ponto, não só para que fiquem claros os motivos pelos quais é necessária a magistratura independente, mas também para que a alegação de falta de independência não seja usada como pretexto para isentar o Poder Judiciário de toda responsabilidade por suas próprias deficiências."⁶⁶

⁶⁵ ROCHA, J. de A. *Teoria geral do processo*. p. 149-151.

⁶⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 45.

Por outro lado, o juiz além das garantias constitucionais, goza ainda da sua independência jurídica em que não está subordinado a não ser, hierarquicamente nas suas atividades funcionais, estando o magistrado sujeito somente à lei a ser aplicada e à sua consciência.

Ainda, oportuno, a preocupação de ZAFFARONI ao sustentar:

"A independência do juiz, ao revés, é a que importa a garantia de que o magistrado não estará submetido às pressões de poderes externos à própria magistratura, mas também implica a segurança de que o juiz não sofrerá as pressões dos órgãos colegiados da própria judicatura."⁶⁷

Portanto, no Estado Democrático de Direito a independência do juiz é preceito essencial no exercício da atividade jurisdicional, assegurando aos jurisdicionados uma certeza de julgamento isento de pressões ou ingerências quer de natureza política ou não, quer do Tribunal a que está vinculado.

5. Garantias da Magistratura no Direito Estrangeiro

A análise, no Direito estrangeiro, dos direitos e garantias da magistratura, demonstra que se destacam a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos nos diversos sistemas jurídicos contemporâneos.

Na Bélgica,⁶⁸ aos magistrados são garantidos, além da inamovibilidade, o privilégio de jurisdição e liberdade de associação.

Já na Espanha,⁶⁹ excetuando o processo disciplinar contraditório, há inamovibilidade. O privilégio da jurisdição só existe para as infrações cometidas no exercício da jurisdição. A liberdade de associação é limitada, não sendo permitidas participações político-partidária e sindical, bem como de associar-se aos membros do ministério público e a outros funcionários públicos.

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 87.

⁶⁸ SILVA, O. P. *op. cit.* p. 245.

⁶⁹ SILVA, O. P. *Idem*, *ibidem*.

No Direito francês,⁷⁰ o princípio da inamovibilidade só se aplica para os magistrados de sede (siège), a não ser em caso de processo disciplinar. Existem também nas terras francesas liberdade de associação e privilégio de jurisdição.

Na Itália,⁷¹ a inamovibilidade estende-se ao ministério público e a liberdade de associação é completa, excetuando-se no que tange à participação política.

Na constituição Holandesa,⁷² a inamovibilidade existe, em princípio, donde os juízes não podem ser destituídos senão por decisão da Corte Suprema, por faltas profissionais e de conduta. É assegurado, ainda, o privilégio de jurisdição e liberdade de associação, havendo nesse país uma união de magistrados que reúne quase a totalidade da classe.

Em Portugal,⁷³ a inamovibilidade está garantida tanto para os magistrados de sede como para os do Ministério Público. Existe privilégio de jurisdição. Não há limites à liberdade de associação nem ao Direito de greve.

Na Alemanha⁷⁴ os juízes não podem ser removidos ou destituídos, a não ser por decisão de uma corte de Justiça, por motivos e na forma prevista em lei. No caso de modificação dos tribunais ou de suas circunscrições, as remoções são possíveis mas sem prejuízo dos plenos vencimentos. Os magistrados no estágio probatório podem ser destituídos até o quarto ano do treinamento. Todos os alemães têm o Direito constitucional de associar-se e de greve. Os juízes têm o Direito de pertencerem a um partido político e de assunção de funções eletivas no âmbito regional e federal. Entretanto, ao tomar posse nas novas funções, ele se aposenta automaticamente.

Outra garantia que é assegurada aos juízes em diversos países é a do juiz natural. Em regra, esta garantia ocorre principalmente nos países democráticos. O mesmo acontece quanto à independência no exercício das suas funções.

⁷⁰ SILVA, O. P. op. cit. p. 246.

⁷¹ SILVA, O. P. op. cit. p. 245.

⁷² SILVA, O. P. Idem, ibidem.

⁷³ SILVA, O. P. Idem, ibidem.

⁷⁴ SILVA, O. P. Idem, ibidem.

Na Argentina e no Chile,⁷⁵ há restrição ao princípio da vitaliciedade. Adota-se a forma "*quandiu bene gesserint*". A constituição chilena de 1980, prevê, em seu art.77 o seguinte: " Los jueces permancerán en sus cargos durante su buen comportamiento; pero los inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo, que determinen las leyes".

No Uruguai ⁷⁶ a lei assegura a independência para o exercício das funções jurisdicionais e inamovibilidade pelo tempo em que durar o bom comportamento do juiz. A nomeação dos magistrados letrados terá caráter definitivo, quando o indicado já tenha exercido, por dois anos, a atividade jurisdicional, o ministério público ou a Justiça de paz. Caso contrário, consideram-se interinos pelo período em questão. Em qualquer caso, o grau de bacharel em Direito é exigido (para o caso de juiz letrado).

No sistema do *common law*, até o século XVII, havia o poder discricionário do rei em nomear e destituir juízes. Em 1701, através do *Act of Settlement* instituiu-se a liberdade definitiva dos juízes em face do rei e da administração. Atualmente, a referida legislação não está mais em vigor, entretanto o seu princípio básico (*Quamdiu se bene gesserint*) foi assimilado por uma lei de 1981 (*Supreme Court Act*). A garantia de inamovibilidade (*lato sensu*) somente existe para os juízes pertencentes a *Supreme Court*. Os juízes de circuito e os *recorders*, além dos outros juízes inferiores, não são inamovíveis. Quanto a esses juízes inferiores, o Lord Chancellor tem o Direito de destituí-los, em caso de incapacidade ou má conduta, Direito que ele não deve exercer, senão excepcionalmente.

Os *stipendiary magistrates* ingleses (designados pela Rainha e sob a recomendação do *Lord Chancellor*), quando lotados em Londres, podem ser destituídos pelo *Lord Chancellor* em caso de incapacidade ou má conduta; quando na província, "a bel prazer de sua majestade", mas a lei não possibilita a destituição sem recomendação da Rainha. Os juízes de paz não gozam de garantias semelhantes.

⁷⁵ SILVA, O. P. op. cit. p. 247.

⁷⁶ SILVA, O. P. Idem, *ibidem*.

Nos Estados Unidos⁷⁷ os juízes federais são nomeados pelo Presidente, ad referendum do Senado. Para garantir sua independência, são nomeados por toda a vida e com o predicamento de irredutibilidade de vencimentos. É interessante ressaltar que os juízes da Suprema Corte norte-americana e os juízes federais em geral são vinculados a determinado partido político quando escolhidos pelo chefe do executivo e não são conhecidos, na maioria das vezes, como juristas de notório conhecimento. Entretanto, Presidentes dos EUA geralmente têm procurado indicar cidadãos honrados e capazes.

Na antiga União Soviética⁷⁸ a imunidade pessoal dos juízes também era proclamada. Os juízes e os jurados não podiam ser indiciados, detidos ou submetidos a castigo administrativo, senão mediante o consentimento do Presídium do Soviet Supremo da república federada ou do Presídium do Soviet Supremo da URSS, respectivamente, segundo a categoria do juiz ou jurado. Os juízes e jurados eram responsabilizados perante os próprios eleitores ou órgãos que os elegeram, os quais podiam revogar a respectiva eleição, destituindo-se o eleito. Além do mais, podiam perder o cargo por sentença de um tribunal. Os juízes deviam seguir diretrizes sob a fiscalização da "Prokuratura".

Na China,⁷⁹ os juízes são eleitos pelo Conselho da Presidência da República Popular, cujas candidaturas são apresentadas ao Ministro da Justiça. Como os processos disciplinares podem ser intentados por esse Ministro e pelo Presidente da Corte Suprema, é óbvio que a destituição ou remoção deles ficará ao encargo dos referidos órgãos, principalmente do poder executivo, pelo Ministro da Justiça, já que os mandatos não têm tempo pré-estabelecido.

⁷⁷ SILVA, O. P. op. cit. p. 249.

⁷⁸ SILVA, O. P. Idem, ibidem.

⁷⁹ SILVA, O. P. Idem, ibidem.

6. Independência do Juiz

A independência do juiz é condição fundamental de existência e afirmação do Estado Democrático de Direito. Esta independência se constitui na

“... ausência de interferências, ingerências, influências, pressões ou ordens no exercício da função julgadora, sejam internas, isto é, provenientes do interior do próprio aparelho Judiciário, sejam externas, isto é, vindas de outros poderes, sejam políticos ou econômicos.”⁸⁰

Ademais, o juiz, em sua tarefa de julgar os conflitos que a ele são levados, sejam conflitos individuais, sejam coletivos, têm a função de controlar a constitucionalidade e legalidade dos atos dos outros poderes.

Assim, a independência do juiz constitui a segurança dos que exercem as funções dos demais poderes e, também, de toda uma sociedade. Essa independência é assegurada de duas formas: garantias do magistrado, também chamadas de predicamentos e que são a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos. Os impedimentos também são formas de assegurar a independência do magistrado.

A tal respeito, preleciona ROCHA:

"O juiz, pela difícil função que exerce, deve ser rodeado de todas as garantias de independência, especialmente a respeito dos outros poderes do Estado. É, pois, indispensável colocar o magistrado ao abrigo das ameaças e imposições e, bem assim, das solicitações e favores que podem comprometer sua imparcialidade ou de qualquer modo, sua serenidade.

É certo que a formação moral do juiz é muito importante, como fator determinante de sua conduta, a tal ponto que os juízes de bom caráter conservam a independência, a despeito de tudo. Mas é indispensável que a lei reforce a disposição moral do juiz, porque é muito mais fácil ser independente quando temos segurança quanto à satisfação de

⁸⁰ ROCHA, José de Albuquerque. Independência do juiz e estrutura do judiciário. *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo: Acadêmica, n. 2. p. 139, 1993.

nossas necessidades, do que numa situação de carências e Incertezas.”⁸¹

ROCHA ainda informa que a independência do juiz está diretamente relacionada com a função que este exerce, bem como com a finalidade instrumental do processo. Segundo esse autor, é justamente aí que reside a importância da independência do juiz, pois sem esta não há condições de se exercer a imparcialidade, visto que o juiz no exercício de sua função deve assumir a posição de um terceiro imparcial e o processo se torna um instrumento finalizado ao exercício da referida função. Sendo a imparcialidade, segundo a expectativa popular, o que dá legitimidade ao papel do juiz, torna-se a sua independência um dos traços mais salientes da função jurisdicional; motivo que leva as Cartas Constitucionais dos países ocidentais a edificarem a independência à posição de primazia da função jurisdicional.⁸²

Tais motivos levam MACIEL a afirmar que “o comprometimento da independência do Judiciário, contudo, em qualquer mundo que habitemos e em qualquer época histórica, só pode significar a inexistência da democracia”.⁸³ Esta posição que, de imediato, parece óbvia, não pode ser desprezada, pois muitas vezes aquilo que parece, devido ao costume, ser o mais natural, logo, estável e permanente, é, na verdade, o mais fácil de ser alterado, pois, quando se observa que o tal pode ser modificado é pelo fato de ele já ter sido atingido durante o período de sono dogmático da sociedade. Ou seja, o fato de a independência do juiz se constituir como pré-requisito para a existência de uma verdadeira e autônoma democracia não implica, mesmo no período em que se procura solidificar socialmente as bases deste sistema, a existência do interesse político de conservá-la.

COMPARATO demonstra sapiência ao ensinar que:

“Não basta, pois, manter intocadas as normas constitucionais que protegem a magistratura das pressões ou interferências

⁸¹ ROCHA, J. de A. Independência do juiz e estrutura do judiciário. p. 149.

⁸² ROCHA, J. de A. Independência do juiz e estrutura do judiciário. p. 139.

⁸³ MACIEL, Cláudio Baldino. O juiz independente no Estado democrático. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros: Cidadania e Justiça*, Brasília, a. 4, n. 8, p. 67, 1 sem. 2000.

governamentais. Ainda é preciso que não sejam tomadas medidas, ainda que formalmente constitucionais, que representem a negação prática da independência dos juízes.”⁸⁴

O juiz deve se submeter tão somente à lei, ainda assim se de maneira crítica e consciente, pois a utilização das leis democráticas por um alienado é tão ruim ou, talvez, até pior, do que a subserviência de um povo às rédeas da ditadura. Desta forma, a posição de alerta deve ser assumida contra os interesses políticos e econômicos imediatistas; que buscam minar a própria segurança nacional, ao tentar limitar a independência judicativa.

7. O Juiz como Agente do Estado e o seu papel Político

No Estado moderno o juiz tem um relevante papel em face da importância da sua função que é o poder de julgar, fazendo a subsunção da lei em abstrato para o caso em concreto, devendo observar e dar efetividade às garantias constitucionais, incluindo aí os direitos sociais de forma a sedimentar o Estado Democrático de Direito.

No país em que a desigualdade socio-econômica aumenta os conflitos, o Estado é o ente chamado para a solução dos embates emergentes. A cada dia cresce a demanda pela Justiça, o que vale dizer, uma relação de consumo de pessoas carentes reivindicando condições de vida melhor ou, se não, de vida melhor, pelo menos a efetivação de seus direitos e garantias fundamentais.

DALLARI, em sua obra “O Poder dos Juízes”, diz:

“O juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesse fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanente

⁸⁴COMPARATO, Fábio Konder. Juízes independentes ou funcionários subordinados? *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros: Cidadania e Justiça*, Brasília, a. 2, n. 4, p. 91, 1 sem. 1998.

complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo o seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimidade tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que podem Ter as decisões judiciais." ⁸⁵

O poder Judiciário, dentro da sua evolução histórica conforme já visto, da antigüidade até os dias atuais, tem procurado evoluir em função dos movimentos sociais crescentes em nosso país e os juízes têm assumido de forma ainda contida uma postura que deles deve ser exigida para que cumpram o seu papel. Entretanto, essa evolução tímida é por demais lenta ante o clamor público e os litígios a serem solucionados em face das lides existentes. Assim, o juiz moderno e politizado deve ser, na atualidade, um arquiteto social do Direito.

Mais uma vez, os ensinamentos de DALLARI:

"Mas o juiz não decide nem ordena como indivíduo e sim na condição de agente público, que tem uma parcela de poder discricionário bem como de responsabilidade e de poder de coação, para a concepção de certos objetivos sociais. Daí vem a sua força. Além de tudo, é o povo, de quem ele é delegado, quem remunera o trabalho do juiz, o que acentua sua condição de agente do povo. Esse conjunto de elementos já seria suficiente para o reconhecimento do caráter político da magistratura, mas existem outros fatores que reforçam essa conclusão." ⁸⁶

Dessa forma, quando o juiz atua como agente político, todo o seu poder e autoridade está concentrado em aplicar a Constituição Federal em favor da Justiça social.

GOMES afirma que a função jurisdicional é também atividade política porque faz parte do exercício do poder do Estado no governo da cidade. A independência e o prestígio da autoridade judicial são a chave do Estado de Direito e sua atuação na sociedade configura um ato político-social e não político-partidário.

⁸⁵ DALLARI, D. de A. *O poder dos juízes*. p. 87.

⁸⁶ DALLARI, D. de A. *O poder dos juízes*. p. 88.

A respeito do juiz, como agente político, o professor WOLKMER preleciona,

"O juiz é soberano na esfera de ação em que atua, podendo, por si mesmo, estabelecer as normas e as regras de aplicação necessárias. A atitude do juiz, em relação a lei, não se caracteriza jamais pela passividade nem tão pouco será lei considerada elemento exclusivo na busca de soluções justas aos conflitos; a lei se constitui em outro elemento, entre tantos que intervêm no exercício da função jurisprudencial." ⁸⁷

A respeito da politização, GOMES demonstra sua preocupação diante da politização partidária a qual seria estar filiado a uma partido político, exercendo atividade político-partidária, o que é vedado por lei - artigo 95 parágrafo único, inciso III da CF. Mas, por outro lado, não se pode negar que no Estado Constitucional de Direito, o juiz não seja politizado. Afirmo o jurista:

"O juiz contemporâneo, em síntese, seja porque inserido num modelo de Estado Constitucional de Direito, que o obriga a aplicar a lei apenas quando constitucionalmente válida, seja porque se depara freqüentemente com os conceitos jurídicos indeterminados [tanto na Constituição, como nas leis ordinárias], tornou-se integrante do centro de produção normativa. Ele também cria o Direito, numa postura aproximada ao Direito judicial [Richterrecht], de larga aplicação na Alemanha. Sendo a política a arte de governar a cidade, a função jurisdicional, na medida em que dá a moldura final do que é válido juridicamente falando, é inegavelmente política [nisto consiste o chamado sistema do judicial lawmaking]. Mas política no sentido grego da palavra, que não se confunde com política partidária." ⁸⁸

Assim, podemos concluir que do juiz moderno não se pode aceitar sua passividade. É necessário renovar a sua formação de maneira que efetivamente assuma a sua função política aproximando do seu jurisdicionado, possibilitando-lhes o acesso à Justiça e, só assim, terá legitimado suas decisões que não é a lei estatuída, mas, sim, os fins sociais de que a lei é o objeto. No Estado contemporâneo não se admite juiz inerte, automotor, neutro

⁸⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 177.

e que seja apenas aplicador da lei; ao contrário, o que se espera é um juiz compromissado com a vida política da nação, e acima de tudo, imbuído da construção de uma verdadeira democracia; daí, a exigência de maior responsabilidade do magistrado que, por muitas vezes, terá de ser um incomodado e insatisfeito com o Direito posto. Deverá ser um criador de novos direitos do cidadão, impondo-o como poder de um Estado Democrático de Direito e, para tanto, sua postura deverá estar voltada para as mudanças sociais que acontecem no dia-a-dia e na sua concretização num ideal de Justiça social tão proclamada na Constituição brasileira, voltada para o povo.

⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de*

CAPÍTULO II

A IMPARCIALIDADE JUDICIAL COMO GARANTIA DO PROCESSO

Este capítulo aborda temas por meio de uma análise de seu significado lexicográfico e da procura pela possibilidade real de execução do presente trabalho. Tal análise configura-se em introdutória filosófico-conceitual para abordagem técnico-jurídica do conceito de imparcialidade. Toma-se a liberdade de seguir o conselho do Apóstolo Paulo aos Tessalonicenses: “Examinai tudo. Retende o bem”.⁸⁹ Assim, a abordagem filosófica não se erige sob uma escola específica ou sobre um pensador determinado, ainda que em determinados momentos se dê prioridade a uma corrente em detrimento de outras, porém neste caso se destaca tal abordagem. O diálogo se dá com todos aqueles que legaram um conhecimento válido à civilização. Assim pode-se trabalhar com a fenomenologia e com a dialética; com Frankfurt e com Atenas; com HEGEL, HEIDEGGER, HUSSERL ou PLATÃO e ARISTÓTELES. Isso não se dá por falta de método ou de domínio de uma vertente filosófica específica, mas para poder demonstrar que o engessamento dogmático positivista não leva ao conhecimento, pois esse só pode ser gerado em meio à liberdade inspiradora do espírito humano. Que exclaimem: “Metafísica! Metafísica!” A resposta é: “Liberdade! Liberdade!” — eterna busca dos filósofos.

AMARAL, ao escrever o decálogo do magistrado, assume a seguinte posição:

" Os códigos podem servir ao juiz de bússola mas não o fim de sua viagem. Se o for, será mero aplicador da Lei. E o aplicador da lei é aquele que só é capaz de pensar com as mãos. Manuseia bem os códigos e os ementários. O mero aplicador de leis é como um verdadeiro mecânico — o moechus —, isto é, o adúltero, pois traidor da

direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.47

⁸⁹ BÍBLIA. N. T. I aos Tessalonicenses. Bíblia Sagrada, I aos Tessalonicenses: 5:21. Edição Revista e Corrigida. Traduzida Por João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

santa missão que o juiz está unido necessariamente em eternos esponsais — a de distribuidor de justiça.”⁹⁰

Utilizando a metáfora que se refere aos códigos como bússola, AMARAL⁹¹ revela que os códigos não possuem um fim em si mesmos. Tal afirmação se revela de vital importância para todos os que buscam o verdadeiro significado da Justiça. A Justiça é o fim da viagem para o juiz, mas o substrato deste conceito é o homem enquanto “Ser Pessoa” — unidade indissociável de corpo, intelecto, sentimentos e espírito. Se o operador jurídico não conseguir alcançar a visão de que os códigos são placas de indicação, e não o destino final, estará como o viandante que se dirigia a sua cidade natal, mas que, ao ver uma placa de indicação, abdica de seu alvo para simplesmente contemplar o sinal de direção. Tal homem, enquanto insistir nesta posição, nunca mais verá o seu destino. Tal homem se neutraliza para a vida, como, talvez, o operador jurídico que vê os códigos como fins em si mesmo.

Faz-se mister, na busca pela verdade da Justiça, lutar contra os cépticos. Com tal intuito usar-se-á a arma que HEGEL legou aos gladiadores do conhecimento. O filósofo alemão afirmava que era possível alcançar o conhecimento por meio dos conceitos. Esses, todavia, não eram frutos da letra que mata, antes eram gerados por obra do Espírito Absoluto, que se autoconhecia pelo processo dialético. Por isso, distinguir-se-á o conceito de neutralidade do conceito de imparcialidade, bem como procurar-se-á, neste primeiro momento, constatar a possibilidade de realização desta última, deixando a primeira para abordagem posterior.

Mas qual é o motivo que leva a este caminho? A resposta é que o pensamento não se constrói só. Não se pode crer no pensamento que pensa o pensamento, pois o pensar é sempre pensar sobre algo. E, também, não se deve buscar um pensamento que não possua um interlocutor, ainda que na posição de antagonista, pois é no processo dialético do diálogo ⁹² que o

⁹⁰ AMARAL, Leopoldino Marques do. *Poder judiciário: uma visão crítica*. Cuiabá: Tribunal de Justiça de Mato Grosso, 1988. p. 6.

⁹¹ AMARAL, L. M. do. *Idem*, *ibidem*.

⁹² Lembrar-se-á, neste momento, não de Hegel, mas de Platão.

pensamento se constrói. Esta é, precisamente, a barreira encontrada para uma elaboração exaustiva do assunto aqui abordado. Embora muitos tenham tentado, poucos autores conseguiram fazer uma distinção coerente entre neutralidade e imparcialidade e, entre os muitos que se desviaram e os poucos que chegaram ao rumo, poucas páginas foram legadas para este debate. Todavia, assumir-se-ão estas para a construção do saber aqui proposto, e há de se começar justamente pela distinção entre os dois conceitos supracitados.

1. Imparcialidade do Juiz

A imparcialidade judicial não pode ser confundida com a falsa idéia de neutralidade do juiz, até porque não se admite um juiz neutro que é sinônimo de omissor; pois se "os juízes da nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor",⁹³ como queria MONTESQUIEU, abdicarão de sua posição política ativa em favor de uma passividade débil. Assim, tem-se que a exigência da imparcialidade, que é o mecanismo que o código dispõe para assegurar um julgamento justo, livre de influências ou interferências nada mais é do que, o assegurar às partes da relação processual, oportunidades iguais e a recusa quando de pessoas – partes – , possuidoras de condições personalíssimas. Não é por outras razões que o devido processo legal, tem em seu conteúdo ideológico o contraditório e a imparcialidade.

No Estado contemporâneo e na nova visão dos processualistas de vanguarda, exige-se hoje, um juiz que, além do conteúdo jurídico que o habilite a judicar, tenha também acima de tudo e de todos a sua imparcialidade assegurada, sendo inadmissível o juiz que seja parcial ou que atue com parcialidade.

Por outro lado, se às partes exige-se a vedação de fazer Justiça com as próprias mãos devendo valer-se do Direito de ação, garantia constitucional, para solução dos conflitos, cabe ao Estado, detentor da jurisdição, prestar a

tutela jurisdicional com a absoluta isenção de *animus*, devendo ter a confiança e a credibilidade de seus jurisdicionados, a qual lhes é depositada. Para tal, presume-se, até prova em contrário, a condução imparcial do processo visando a uma decisão que seja justa, equânime e que atenda aos fins sociais a que a lei se destina, daí porque afirmar ser o juiz, na relação processual "um estranho no ninho".

Não obstante os mecanismos existentes nos códigos, a recusa da parte em relação ao juiz não constitui presunção de que ela será prejudicada, bastando que haja tão somente uma desconfiança justificada que se contraponha à confiança depositada na Justiça.

Na verdade, a imparcialidade constitui para o órgão jurisdicional a sua garantia de independência funcional já que, como poder que é, não está isento e livre de ingerências ou pressões utilizadas de forma a alcançar, uma sentença favorável.

O que se observa e constata é que a parcialidade deságua no afastamento do juiz da condição de presidente do processo que, por distribuição ou outra modalidade de competência lhe coube.

No exercício da magistratura, ao juiz é exigida formação intelectual, jurídica e ética; eis que em seus ombros está a difícil tarefa e não arte de julgar. Desta forma, não se pode dissociar a figura do juiz à da Justiça.

Assim, analisada a imparcialidade sob o prisma jurídico, necessário se faz examiná-la sob o aspecto processual.

A doutrina é divergente ao agrupar a imparcialidade ora como pressuposto processual de validade, ora como pressuposto processual de existência.

Acerca da discussão eminentemente doutrinária, entende-se que a imparcialidade é pressuposto processual de natureza subjetiva atinente ao juiz e que, mesmo existindo o processo – pressuposto processual de existência –, não é válido considerando as conseqüências derivadas de um órgão jurisdicional parcial e, colocado de lado o embate doutrinário, o que se exige e

⁹³ MONTESQUIEU, op. cit. p. 178.

espera é um juiz isento, distante das partes, não neutro, mas como terceiro, interessado na solução do litígio.

O Código de Processo Civil elenca nos artigos 134 a 136 as hipóteses de impedimento e suspeição que são causas que constituem a parcialidade do juiz.

O impedimento do juiz é a proibição de presidir processos em que haja a presença de quaisquer hipóteses previstas nos incisos I a VI do Código de Processo Civil e a suspeição ocorre quando presentes, em concreto, os motivos insertos nos incisos I a V do mesmo *codex*.

Merece distinguir a suspeição de impedimento no que se refere às consequências de suas incidências. Esse constitui óbice para o exercício da prestação jurisdicional, sendo a sentença, se proferida, nula, daí a faculdade de interposição de rescisória como previsto no artigo 485 inciso II do Código de Processo Civil. Já a suspeição opera a preclusão se não argüida na forma e prazo legais, não representando, se inerte a parte, qualquer consequência no processo, valendo dizer: não representa obstáculo para a entrega da tutela jurisdicional.

Feitas estas considerações, analisam-se de *per si* todas as causas geradoras da parcialidade do juiz.

As causas que geram o impedimento estão inseridas nos artigos 134 e 136 do Código de Processo Civil.

O inciso I do artigo 134 tem como causa de impedimento o juiz que no processo figure como parte, para esse fim, o assistente, oponente, litisdenunciado, nomeado à autoria, terceiro embargante e terceiro recorrente. No inciso II do referido artigo, está a hipótese do juiz que funcionou no processo, anteriormente exercendo outra função quer no processo quer no procedimento. Constitui hoje fato quase que corriqueiro o juiz que antes de ingressar na magistratura exerceu a função de advogado, Ministério Público e escrivão Judiciário, perito, testemunha, assistente técnico e oficial de Justiça.

O artigo 134 contempla no inciso III a causa impeditiva, quando o juiz, que no exercício de sua judicatura de primeiro grau conheça do processo ou

procedimento, proferindo sentença ou decisão e, posteriormente, foi promovido ao juízo de segundo grau ou até mesmo, em caráter de substituto.

Por último, preconiza o inciso IV do artigo já mencionado os impedimentos derivados da relação de parentesco existente entre o juiz e o advogado da parte ou do interessado. O juiz em que como parte em sentido amplo, figure quer no pólo passivo, quer no pólo ativo o seu cônjuge.

Questão divergente na doutrina é a situação dos concubinos e conviventes. A teor de entendimentos doutrinários divergentes sustenta-se que seria causa de suspeição. Entretanto, em face da nova carta constitucional que reconheceu tais institutos como entidade familiar a união estável – artigo 226 § 3º, entende-se, no presente, tratar-se de causa de impedimento.

Quanto ao parentesco, que é a vinculação entre pessoas que, em princípio descendem do mesmo tronco ancestral – parentesco por consangüinidade, existentes por afinidades ou pelo Código Civil, derivado da adoção. Aqui não importa qual a modalidade de parentesco para gerar impedimento.

Questão interessante a ser abordada é que o parentesco em linha reta não sofre qualquer limitação de grau, enquanto na linha colateral ou transversal está limitado até o segundo grau.

Assim, havendo relação de parentesco entre o juiz e o procurador da parte ou do interessado, estará impedido de presidir e exercer suas funções no processo.

A última hipótese de impedimento previsto no artigo 134 é a do juiz que exerça função de direção ou administração de pessoa jurídica figurando como parte a interessada na causa - hipótese esta que, a teor da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, não ocorrerá porque vedado ao juiz o exercício de cargos de direção ou administração em estabelecimento de ensino, em sociedades comerciais e civis, associações ou fundações de qualquer natureza ou finalidade.

Por derradeiro, o artigo 136 do Código de Processo Civil prevê como causa de impedimento no tribunal, ou mesmo em ação rescisória, sempre que

parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta e no segundo grau da colateral, tenha conhecido da causa em primeiro lugar.

Analisadas as causas de impedimento, deve-se passar ao exame das causas de suspeição do juiz. O processualista DALL' AGNOL assim escreve:

“Noção de suspeição e oportunidade de alegá-la – Posto que se tenha demonstrado difícil à doutrina pacificar-se sobre a exata distinção entre motivos de impedimento e de suspeição, algumas sucumbindo diante de análise um pouco mais aprofundada, o certo é que, em se cuidando dos primeiros, não se reconhece, de modo absoluto, legitimação para dirigir o processo e prover sobre a lide, falando-se não raro, em ausência em concreto de jurisdição, e mesmo em nulidade absoluta. Por isso, o código veda a atuação do juiz, quando presentes algum dos casos arrolados no art. 134. Já em se cuidando de suspeição, conforme inferível do próprio termo (quem suspeita não tem certeza, tem dúvida; desconfia, recia), os dados objetivos são apenas elementos que podem figurar uma situação de parcialidade. A suspeita, tanto que demonstrado o fato cansante, basta.”⁹⁴

O Código de Processo Civil no artigo 135 eleva, de forma casuística, hipóteses de suspeição e TORNAGHI em lapidares palavras diz: “O juiz é suspeito quando ligado direta ou indiretamente a qualquer das partes por interesse, ódio ou afeição.”⁹⁵

A uma perfunctória análise do artigo 135 do Código de Processo Civil pode-se concluir não ser taxativo, porquanto algumas situações que geram suspeição não estão ali contempladas. Apenas, e tão somente, para reflexão, não há previsão de suspeição de juiz que manifesta sua opinião pelos meios de comunicação. De qualquer sorte, a primeira causa de suspeição de parcialidade ocorrerá quando o juiz for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes ou interessados.

A amizade causadora da suspeição deverá ser profunda e fraternal e, por outro lado, em se tratando de inimizade deverá ser fundada no rancor e no desejo de vingança ou de infelicidade. MIRANDA, destaca que:

⁹⁴DALL' AGNOL, Antônio. *Comentários ao código de processo civil*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 442.

⁹⁵

“Íntima diz-se a amizade quando há laços afetivos, notórios ou não, umas verificáveis por fatos de estreita solidariedade, que possam influir no julgamento pela determinação psicológica, consciente ou não. Também a inimizade capital supões o elemento afetivo de hostilidade a ponto de perturbar o julgamento.”⁹⁵

Aceita-se que juiz amigo ou inimigo é aquele que deixa de lado sua imparcialidade, afastando o seu dever de fazer Justiça em razão de sentimentos profundos que todos os homens têm e, com tal comportamento, beneficia ou prejudica as partes que estão submetidas ao seu julgamento.

Não se pode exigir que o juiz não seja suspeito, até porque, como todo ser humano está sujeito a influências e ingerências; daí porque, não se pode esperar um comportamento totalmente isento, mas deve-se esperar que mesmo motivado por sentimentos esteja apto e em condições de presidir os atos processuais e proferir julgamento com a maior isenção possível.

Não obstante a falta de previsibilidade do código quanto à amizade ou inimizade com o procurador da parte ou até mesmo com membro do Ministério Público, entende-se que, por não ser taxativo admite causas outras de suspeição e, ocorrendo tal hipótese, estará caracterizada a parcialidade inserta no inciso V do artigo 135 do Código Processo Civil.

Por outro lado, não há que se pensar que deva o juiz viver enclausurado, afastado da convivência diária porque, se assim for, não terá ele – juiz – a sensibilidade para julgar, posto que estará afastado dos conflitos sociais e anseios de uma sociedade que nele deposita todas as suas esperanças. Também não se pode pensar que o juiz não tenha convivência diária com pessoas, quer ligadas à sua atividade, quer com pessoas que no dia-a-dia compartilham de seus prazeres e preferências. Daí porque inaceitável é a conclusão de que, vinculado à amizade com advogados e

⁹⁵ TORNAGHI, Helio. *Comentários ao código de processo civil*. v 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 222.

⁹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, p. 548.

membros do Ministério Público tenha sua imparcialidade colocada sob suspeição.

Questão interessante é que, se de um lado se pode argumentar que a convivência forma uma amizade íntima, pode-se também pensar que o convívio pode ocasionar desavenças e inimizades, e o advogado da parte não tem legitimidade para excepcionar em nome próprio já que não faz parte da relação processual, entretanto, se comprovada a parcialidade do juiz, entende-se ser cabível a exceção.

A segunda causa de suspeição ocorrerá quando a parte for credora do juiz, do seu cônjuge, parentes na linha reta ou na colateral até o terceiro grau, o que é lógico, até porque, presumir-se-á o interesse na vitória da parte com o fim de manter ou aumentar o seu patrimônio e, se for devedor, presumir-se-á dependência em relação à parte credora, proferindo um julgamento favorável.

A terceira hipótese de suspeição é prevista no inciso III do artigo 135 do Código de Processo Civil, quando o juiz for herdeiro, donatário presuntivo ou empregador de qualquer das partes ou interessado.

Finalmente, a última causa de suspeição ocorrerá quando o juiz possuir interesse no julgamento da causa. Essa circunstância merece um exame mais cuidadoso, considerando-se que o juiz moderno e preocupado com sua função social, inserido no contexto de dar efetividade às garantias constitucionais, quase sempre deverá produzir provas para realizar um julgamento justo. Não se pode imaginar ou presumir que a produção de prova pelo juiz irá beneficiar à parte que deveria ter requerido a prova e não fez. Ledo engano!

1.1. Imparcialidade do Juiz e o Processamento das Exceções

O Código de Processo Civil disciplina que as exceções quando argüidas deverão ser feitas por meio de petições fundamentadas. É o que está inserto no artigo 312 do Código de Processo Civil, exigindo, ainda que além da

peça processual, deverá acompanhar o rol de testemunhas e os documentos que, em tese, irão comprovar as alegações do excipiente.

Não obstante a referência aos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil, outras causas, como já examinadas, poderão dar ensejo à arguição, mesmo porque o rol ali apresentado não é taxativo.

Apresentada a petição, o órgão jurisdicional poderá ter dois comportamentos a escolher. O primeiro, quando reconhecer o seu impedimento ou suspeição, determinará a remessa dos autos ao juiz que for seu substituto, afastando-se da presidência do feito. O segundo comportamento, qual seja, em não reconhecer o seu impedimento ou a sua suspeição, no prazo de dez dias apresentará suas razões; apresentando, se necessário, rol de testemunhas e documentos e remetendo ao tribunal para julgamento. Desnecessária a remessa ao tribunal quando o juiz reconhecer a exceção, o que não ocorrerá se adotado o segundo comportamento, ficando o processo suspenso até o julgamento da exceção, não sendo facultado ao juiz rejeitar ou indeferir a exceção, a não ser quando tratar-se de incompetência.

O código foi sábio ao vedar ao juiz o indeferimento da exceção fora da hipótese da incompetência eis que, argüida, estará o juiz na condição do pólo passivo e assim sendo competente só o tribunal *ad quem*.

Torna-se importante afirmar que no incidente em exame é necessário identificar o juiz, até porque a exceção é oposta em face do juiz e não do juízo e, a apesar da omissão do código, tal exigência é necessária porque a exceção de comarca com juiz único, regra geral, vários juízes atuam em uma comarca e, por vezes, até mesmo na mesma vara na condição de auxiliar ou de substituto.

O Código de Processo Civil é omissivo quanto ao instrumento procuratório em não disciplinar poderes específicos, o que não ocorreu com o Código de Processo Penal, onde no artigo 98 está inserto:

"Quando qualquer das partes pretender recusar o juiz, deverá fazê-lo em petição assinada por ele próprio ou por procurador com poderes

especiais aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas.”⁹⁷

A preocupação do legislador tem razão de ser considerando que essa modalidade de defesa pode conter ataque pessoal contra a pessoa do juiz o que terá como consequência a responsabilidade penal do excipiente.

Outra exigência não contida na lei diz respeito à admissibilidade ou não da exceção pelo Tribunal quando o instrumento procuratório não contiver poderes específicos, faltar legitimidade ao excipiente ou não houver identificação da pessoa do juiz, hipótese em que haverá rejeição da exceção e o processo terá seu curso normal. Outra hipótese: quando ocorrer a rejeição da peça de incidente, quer seja por falta de fundamento legal quer seja pela não demonstração dos fatos que ensejariam a parcialidade. Se, entretanto, a exceção for acolhida, o juiz será condenado nas custas processuais e os autos serão remetidos ao seu substituto legal e, aqui, mesmo havendo omissão legislativa, parece lógico que, não acolhida a exceção, o excipiente será condenado nas custas processuais, sem falar em indenização, uma vez provada a má-fé na arguição.

Por isto, resta apenas o exame quando a parte somente tomar conhecimento do impedimento ou suspeição após a sentença já proferida, hipótese em que somente poderá ser resolvida por meio de recurso voluntário com arguição da parcialidade do juiz que, se dado provimento ao recurso a sentença será declarada nula.

Ocorrendo, pois, o trânsito em julgado restará à parte a ação rescisória quando se tratar de impedimento e quanto à suspeição, por falta de previsão legislativa somente a reparação por perdas e danos hipótese do inciso I do artigo 133 do Código de Processo Civil.

⁹⁷ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Artigo 98.

1.2. A Imparcialidade do Juiz e a Produção de Provas

Fez-se o exame da imparcialidade como característica de um sistema, à luz do Código de Processo Civil, de igual forma não é possível abordar o presente tema senão, em princípio, voltado para o Código de Forma. Não obstante os comentários a artigos que regulam a instrução probatória, fazem-se algumas abordagens acerca de discussões doutrinárias onde, para alguns, é vedado ao juiz produzir prova posto que, esta seria uma atividade atinente às partes e, para outros, de forma supletiva, deve o juiz produzir provas desde que verifique a necessidade de tal.

Analisar a formação do magistrado, demonstrando sua inércia frente aos problemas que lhe são levados por meio de relação processual devidamente instaurada, é o escopo buscado no presente trabalho.

Nos dias atuais, a prática do Judiciário tem demonstrado que os juízes não são afetos a participar na instrução probatória, ficando o encargo à mercê dos litigantes, até porque, parte-se da premissa de que são eles conhecedores das circunstâncias que envolvem a lide.

A cada dia cresce o número de conflitos e, ao ser ajuizada a ação poucas são as lides em que a matéria debatida e objeto de julgamento é tão somente de Direito. Ou as questões levadas a efeito ao órgão jurisdicional versam sobre matéria de Direito e fato ou, apenas fato. Logo, caberá ao juiz resolvê-las por meio da instrução probatória.

O artigo 130 do Código de Processo Civil diz: "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias."⁹⁸

A tradição dos magistrados no Brasil, no Estado contemporâneo, é ainda a de um juiz distante das partes, mero espectador e isento de qualquer participação, principalmente se tratar de direitos disponíveis, com frequência, de cunho patrimonial. Por outro lado, posição mais branda dos tradicionalistas ocorre quando o litígio versa sobre direitos indisponíveis, o que não ocorre.

⁹⁸ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Artigo 130.

A par dos poderes do juiz no processo, o ponto central para o julgamento é a prova, conceituada por CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO como "Instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência dos fatos controvertidos no processo." ⁹⁹

Logo, o objetivo da prova é fornecer elementos que venham influenciar a consciência do juiz a formar o seu convencimento a respeito dos fatos controvertidos.

MOREIRA ao fazer comentários a respeito do juiz e a prova assim diz:

"Gostaria de desdobrar as minhas considerações sobre o tema em três tópicos que dizem respeito às diferentes maneiras pelas quais o juiz se relaciona com a prova, ao longo do processo. O primeiro tópico concerne à determinação da prova; o segundo, à realização da prova; e o terceiro, à valoração da prova." ¹⁰⁰

Aqui, dentro do tema que é objeto de nosso trabalho, merece atenção a atividade do juiz em produzir a prova e, mais uma vez, MOREIRA comenta:

"...quando o juiz toma a iniciativa de determinar a realização de alguma prova, quando o juiz, por exemplo ordena um perícia, não dispondo de bola de cristal, nem sendo futurólogo, não pode, evidentemente, prever, adivinhar qual vai ser o resultado daquela diligência e, portanto, qual das partes e sua iniciativa em verdade beneficiará." ¹⁰¹

Por outro lado, a doutrina dominante utiliza como argumento da não iniciativa do juiz em produzir prova, a necessidade de conservar a imparcialidade do magistrado. Sustentam, ainda, uma maior participação do Ministério Público no processo, o que vale dizer, funcionar em todos os processos e, nessa hipótese, afastaria o juiz da sua atividade probatória, conservando a sua imparcialidade. Tais argumentos não possuem razão de ser, pois, em se tratando de direitos indisponíveis, a doutrina tradicional admite a produção de prova pelo juiz.

⁹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Adá Pellegrini; *Teoria geral do processo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 310.

¹⁰⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 35, p. 178-179, julho/setembro 1984.

¹⁰¹ MOREIRA, J. C. B. O juiz e a prova. *Revista de Processo*. p. 180.

Argumentando contra o entendimento majoritário e tradicional, BEDAQUE assim entende:

"Ademais, quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, seu resultado. O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes. Apenas proporciona uma apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de Direito material sejam atuadas corretamente. E tem mais: não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão? Para ele não deve importar que vença o autor ou o réu. Importa, porém, que saia vitorioso aquele que efetivamente tenha razão, ou seja, aquele cuja situação da vida esteja protegida pela norma de Direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função." ¹⁰²

De tudo o que foi visto, só resta concluir que a imparcialidade do juiz não é afetada em face do seu comportamento em produzir provas. Importa para o juiz o seu comprometimento com a função social da lei a ser aplicada e a sua consciência de fazer Justiça, sendo fermento de transformação social e, na concepção moderna, a imparcialidade deve ser entendida no sentido do juiz estar imbuído em dar razão a quem merece e ser imparcial não significa ser neutro, porque, conforme demonstraremos, não existe a neutralidade judicial.

1.3. A Fundamentação das Decisões e a Imparcialidade do Juiz

Um dos princípios mais importantes da jurisdição, sem qualquer dúvida, é o da imparcialidade. O juiz representa o próprio Estado nas relações entre os homens e toda vez que uma sentença é proferida o Estado mostra a

¹⁰² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do juiz*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 80.

sua força, deixando de ser uma ficção legal. Logo, conclui-se que o juiz é uma projeção do Estado o qual não detém o monopólio da Justiça.

A Justiça somente é respeitada e confiável se os juízes forem imparciais. Os instrumentos processuais de que os códigos dispõem servem para garantir ao cidadão um julgamento justo, isento de qualquer pressão ou ingerência – e, a importância da imparcialidade se materializa nas palavras de CAPELLETTI:

“Primeiramente, de um lado o Direito a um juiz imparcial, ao qual corresponde, de outro lado, a garantia da independência da magistratura diante do poder político, posto que não existe verdadeira função jurisdicional onde o juiz não transparea como *tertius super partes*.

Isto não significa que o juiz deva ser um sujeito inerte e passivo. Na realidade, é preciso distinguir entre imparcialidade e passividade.

O juiz deve ser imparcial em relação ao conteúdo da controvérsia, umas não quanto à relação processual propriamente dita; aliás, constitui-se em um dever específico do juiz o de assegurar que o processo se desenvolva de maneira regular, rápida (tanto quanto possível e leal.”¹⁰³

Portanto, conclui-se que a fundamentação das decisões judiciais é uma das formas de preservar e assegurar a imparcialidade judicial.

É na fundamentação que o juiz intenta demonstrar sua imparcialidade já que às partes fica a transparência de que o julgamento do conflito atendeu ao Direito material invocado, e não a outros fatores.

Regra geral, as pessoas iniciam um litígio porque entram na dúvida jurídica ou seja, o Direito lhes socorre ou não. Instaurada a dúvida comparecem à presença do juiz na esperança de uma solução que virá por meio de uma sentença justa.

Desta forma, além de ser a fundamentação uma garantia constitucional (art. 93, inc. IX da CF), o juiz ao fundamentar suas decisões estará, também,

¹⁰³ CAPELLETTI, Mauro. Gli Orientamenti per il Miglioramento della Giustizia Civile. In: CONFERÊNCIA DE ABERTURA DO I CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1991, Curitiba. *Revista de Processo*, São Paulo, p. 202.

garantindo a sua imparcialidade ao deixar transparentes os subsídios que, como representante do Estado, cumpriu com sua função.

2. Sobre a Possibilidade Prática de uma Posição Imparcial do Juiz

Graças à delimitação anterior pode-se fugir do lugar comum que vincula o juiz neutro ao juiz imparcial. Porém, essa delimitação não é suficiente para confirmar se, fora do âmbito teórico, realmente é possível que permaneça a exigência por uma posição imparcial do juiz. É sabido, até pelo vulgo, que o juiz pode, sem que ocorra dano às exigências técnicas processuais, não ser imparcial. Todavia, isto leva a um dano irreparável a realização da Justiça. Torna-se evidente que tal situação não assume categoria de regra, mas de exceção a ela; logo, não se legisla visualizando tal possibilidade em cada uma de suas possíveis nuances, pois regras e conceitos intentam apreender o real em sua relação com o universal e não com o singular (embora exista uma legislação para que se possa punir o elemento que se desvie da idoneidade no exercício de suas funções). Se o magistrado será imparcial em cada caso julgado ou se, para se beneficiar, usufruirá de sua posição de julgador e concederá seu beneplácito a uma das partes numa situação específica, não é a preocupação primeira do sistema, pois para tal avaliação se faria necessária uma análise da personalidade do indivíduo juiz, em busca de seu caráter, de sua noção de ética e moral — isto sem levar em conta as forças externas que poderiam agir em momentos determinados —; etc. Essas possibilidades não podem ser levantadas em uma legislação, visto ser humanamente impossível supô-las em cada caso. O máximo que a legislação pode fazer é criar mecanismos que, supondo as situações mais comuns, logo passíveis de ocorrerem em maior frequência, brequem o maior número possível de exceções à regra. Exemplo disso são os artigos, já citados, do Código de Processo Civil. A lei é criada para regular um sistema, e não a conduta de seus agentes em cada caso particular.

Visto ser inacessível à razão qualquer especulação neste sentido, deve-se investigar a possibilidade de imparcialidade na conduta prática do juiz que realmente almeja alcançá-la; juiz que é pressuposto em qualquer legislação e pelo Poder Judiciário.

PORTANOVA afirma *que* “A importância da imparcialidade vai além do texto legal e suas previsões casuísticas.” ¹⁰⁴ Então como pode o juiz crer-se imparcial? Como saber se sua posição não reflete antes da imparcialidade suas neuroses? Esta certeza é não somente impossível, como também desnecessária. O magistrado que se nortearia por tais questões estaria buscando a “verdade-em-si” e não a verdade que é dada ao homem acessar pelo conhecimento racional. Tal verdade só seria possível no mundo das idéias de PLATÃO. Porém o julgador não se encontra no mundo ideal, antes está diante do caso concreto. Mas é justamente diante do fato concreto que ele se convencerá da falta de necessidade desta verdade suprema; pois é um juiz e não um teólogo.

Uma vez afastadas as cadeias do conceito absoluto de imparcialidade, deve-se averiguar as condições de sua realização diante do caso concreto. O artigo 5º do Código Civil brasileiro assim norteia o juiz na aplicação e interpretação das normas jurídicas: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. ¹⁰⁵

Tome-se esse artigo do código supracitado como base para a construção de todo o edifício teórico em busca da imparcialidade, pois o magistrado que a ele recorrer não terá dúvida sobre a presença da Justiça em sua decisão. O juiz que atentar não para a letra da lei, mas para o efeito social almejado pelo legislador quando de sua confecção, estará em condições de julgar imparcialmente. E, quando invocado para dar o sua decisão sobre uma reintegração de posse, não visualizará apenas a posse, mas o uso e a função social da terra; quando provocado a decidir sobre a validade de um contrato,

¹⁰⁴ PORTANOVA, R. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. p. 40.

¹⁰⁵ BRASIL. *Código Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 48. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, art. 5º.

não se deterá nas páginas frias que estão diante de si, mas no efeito que sua decisão gerará, etc.

Não é a simples aplicação da lei que garante a um país o *status* de Estado Democrático de Direito, antes é o reconhecimento social da sua aplicação. Porém, o vulgo apenas reconhece tal Estado ao contemplar leis que venham de encontro aos seus anseios. O que impede aos cidadãos de realizarem a Justiça com as próprias mãos é justamente a esperança de ter acesso a leis justas e aplicadas de maneira imparcial. Mas essas leis não devem almejar um fim último teórico, tampouco afastar-se dos anseios populares, pois deve-se lembrar de que o poder para a legislar, para executar e para julgar emana do povo.

Sobre esta tomada de posição concorda JUNOY.¹⁰⁶ Este autor afirma que

"En un Estado democrático y de derecho la confianza en el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, esto es, en el buen hacer de los jueces y magistrados, es básica para alcanzar el adecuado clima de paz social y convivencia pacífica entre sus ciudadanos. En consecuencia, una sociedad que desconfíe de la ecuanimidad, objetividad o rectitud de juicio de las personas encargadas de administrar justicia está destinada, irremediablemente, a sufrir continuas y graves tensiones que pueden incluso, en última instancia, poner en peligro la propia existencia democrática del Estado."¹⁰⁷

Logo, não é um disparate que a lei, que do povo origina, cumpra uma função social e que julgar segundo este critério seja o divisor de águas para determinar se uma decisão é ou não imparcial.

A imparcialidade não exige que o juiz seja um ente alheio ao mundo. O juiz no seu dia-a-dia ouve boatos sobre os casos que irá julgar, possui opiniões

¹⁰⁶ JUNOY, J.P. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: J. M. Bosch, 1998. p. 17.

¹⁰⁷ Tradução: "Em um Estado democrático e de direito, a confiança no correto cumprimento da função jurisdiccional, isto é, na boa ação dos juízes e magistrados, é fundamental para o alcance do adequado clima de paz social e convivência pacífica entre seus cidadãos. Por outro lado, uma sociedade que desconfie da equanimidade, objetividade ou da correção do juízo das pessoas incumbidas de aplicar a justiça, está irremediavelmente destinada a padecer de contínuas e graves tensões que inclusive podem, numa situação extrema, colocar em perigo a própria existência democrática do Estado."

pré-formadas sobre determinados âmbitos da realidade que podem vir a constituir-se objeto de seu julgamento, etc. Todavia não se torna parcial, a menos que não observe os mecanismos do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal que disciplinam as hipóteses que geram a imparcialidade.

Mediante estas observações, deve-se afastar a crença de que "La imparcialidad exigiría deshumanización en cuanto que el mundo de vivencias e ideas personales del juez, que podría implicar prejuicios, debería quedar al margen del enjuiciamiento." ¹⁰⁸

Ao contrário, para que o juiz possa ser imparcial, além de observar os artigos que rezam sobre o impedimento e a suspeição, deve estar atento ao mundo ao seu redor para que tenha possibilidade de averiguar sobre as consequências, tanto imediatas quanto futuras (jurisprudência), de sua sentença. Também a desumanização seria uma exigência da neutralidade, mas não da imparcialidade. Aliás, segundo RODRIGUES, tal confusão é realizada, pois

"Do juiz se tem exigido a isenção e a neutralidade (se tem confundido a **necessária imparcialidade com impossível neutralidade**), fazendo com que este ao assumir a sua função jurisdicional se dispa da condição de cidadão e passe a agir tecnicamente (grifo nosso)." ¹⁰⁹

A tomada de posição em prol da defesa dos interesses sociais não gera atrito com a figura do juiz imparcial, embora as considerações subjetivas devam ser colocadas entre parênteses, pois o social pressupõe o campo de interesse de todos e *não* de uma dada categoria, classe ou grupo de indivíduos; o que poderia fazer com que objetivos pessoais do magistrado, ou de sua classe, estivessem em jogo durante o seu ato de julgar.

A posição a se assumir não pode ser outra senão a defesa da imparcialidade como meta contínua a ser seguida em nome da Justiça e da paz social.

¹⁰⁸ BARTOLOMÉ, P. F. *El juez imparcial*. Granada: Comares, 1997. p. 1-2.

Discorda-se de todos os que defendem a tese de que a imparcialidade é um mito. Antes há de se defender que esta é a condição prévia para a realização do Homem-juiz enquanto garimpeiro de virtudes como a equidade, a temperança, a sabedoria e a Justiça.

Esta posição é corroborada pelo fato de que ninguém, em bom juízo, se exporia a ser julgado por alguém que possuísse o Direito a pretensão prévia de beneficiar uma parte em detrimento de outra. Sobre essa base lógico-racional deve-se aceitar que é possível a existência da imparcialidade no âmbito prático da jurisdição.

¹⁰⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo:

CAPÍTULO III

O DOGMA DA NEUTRALIDADE JUDICIAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Enfrentado o tema da imparcialidade importa abordar um tema não menos espinhoso: a neutralidade. A presente aproximação teórica tem por objetivo uma análise da questão da neutralidade do juiz. Procura-se determinar o uso preciso dos termos principais da análise citada.

O método utilizado será o fenomenológico. Os pré-conceitos sobre o tema serão colocados entre parênteses — o que não significa que serão dispensados e destruídos, etc. Embora possam ser transformados no caminho. Esta posição não se pretende neutra ou imparcial, mas apenas rigorosa. Até mesmo porque, no método citado, o conhecimento não se dá no sujeito, enquanto pesquisador, ou no ob-jecto, enquanto pesquisado, antes este se dá na interação sujeito-objeto. Logo, não há neutralidade, mas interação. Com o encaminhamento dos conceitos pré-concebidos aos seus devidos lugares, o passo seguinte deverá ser o de abordar o objeto por todos os ângulos possíveis.

Sobre tal método, reporta-se ao emérito jurista REALE. Sobre a inserção do magistrado no “mundo da vida” afirma que:

"Todos nós, repito, estamos imersos no mundo da vida: o juiz e o réu, o advogado e o seu cliente; [...] cada qual na sua circunstancialidade. Não há dúvida de que o juiz não pode julgar senão com base no alegado e provado, mas isto não significa que ele, no ato de julgar, não deva tomar consciência do mundo no qual se situa a realidade dos autos, a qual é inseparável do complexo dos motivos sociais, econômicos e transpessoais que vão além da pessoa do réu por pressuporem os modelos éticos da *lenbenswelt* (mundo da vida), da vida coletiva."¹¹⁰

Acadêmica, 1993. p. 42.

¹¹⁰ REALE, Miguel. *A Ética do juiz na cultura contemporânea: Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 138-139.

Tal abordagem já traz em sua formulação o porto seguro ao qual pretende chegar a nau investigativa. Porém, ainda é cedo para que se tire qualquer conclusão ou se assuma qualquer conceito. Basta, por hora, aceitando o testemunho de REALE, crer que o juiz não está além ou aquém do mundo da vida.

Sendo a neutralidade do juiz o teor central do tema aqui abordado, deve-se clarificar o contexto em que esta idéia é aqui utilizada. Deve-se frisar que a palavra idéia não constitui apenas um complemento para a confecção de uma frase, antes possui um teor de validade para a abordagem aqui proposta. A palavra idéia tem a sua origem no termo grego "eidos", que significa aspecto exterior, forma, figura, forma mental, idéia, conceito, classe, gênero, modo de ser, maneira, modo, método.¹¹¹ A noção de idéia

"...vai de um extremo (quando denota uma presença subjetiva e interna à mente, concebida como representando alguma coisa sobre o mundo exterior) a outro (quando representa uma forma ou conceito eterno e imutável: o conceito de uma série numérica ou de **justiça**, por exemplo, entendidos como objetos independentes que podem ser investigados e talvez mesmo conhecidos)." ¹¹²

Como visto na etimologia da palavra, seu sentido primeiro possui relação com o que é visível. Porém, este sentido foi invertido por PLATÃO, para quem idéia se transforma em conceitos:

"A teoria das formas de Platão celebra a existência objetiva e intemporal das idéias como conceitos e, nas suas obras, as idéias são reificadas (coisificadas) ao ponto de serem os únicos componentes do mundo real, constituído por modelos separados e perfeitos, do qual o mundo empírico é apenas um parente pobre." ¹¹³

Não foi PLATÃO o único filósofo a inverter o sentido popular de uma palavra, para daí embasar sua filosofia. DESCARTES, pai da modernidade,

¹¹¹ PEREIRA, I. Eidos. In: DICIONÁRIO GREGO-PORTUGUÊS E PORTUGUÊS-GREGO. Braga: Livraria apostolado da imprensa, 1994.

¹¹² BLACKBURN, S. Idéia. In: DICIONÁRIO OXFORD DE FILOSOFIA. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 192.

¹¹³ BLACKBURN, S. Idem, ibidem.

também utilizou tais artifícios; aliás, não só os mesmos artifícios, mas também a mesma palavra.

Em DESCARTES, a palavra *idéia* tem uma posição especial. A principal característica do ser humano é a consciência, e ter consciência de algo é ter a *idéia* de algo. Uma vez assumida esta posição, vincula-se “A *idéia* de neutralidade do juiz “à representação, consciente, da figura do juiz neutro. Todavia, assim como DESCARTES bombardeou as representações do conhecimento de sua época em busca de “*idéias* claras e distintas”,¹¹⁴ também aqui procura-se pôr à prova a validade da noção de neutralidade na magistratura.

1. Da Distinção entre Neutralidade e Imparcialidade

Para o senso comum, muitas vezes, não há distinção entre neutralidade e imparcialidade, sendo ambos utilizados como sinônimos. Porém, ainda que se reconheça que tal distinção é feita por uma fronteira tênue, deve-se procurar a utilização de uma terminologia rigorosa, em nome de uma análise que se pretenda científica.

A neutralidade, como será devidamente analisada, revela-se fruto de uma influência positivista na ciência. Mas, sobretudo, o que se deve destacar nesta palavra é que, para que se possa realizar o que ela expressa, necessário seria estar isento de toda ideologia. Tal empreitada é impossível.

No Direito, WOLKMER chega a falar em “Aspectos ideológicos da criação jurisprudencial do Direito”.¹¹⁵ Mas o que se torna essencial neste momento é definir neutralidade. A posição aqui assumida é que neutralidade é a possibilidade da manutenção da indiferença diante de um quadro que manifesta posições antagônicas; posições estas que precisam ser pacificadas

¹¹⁴ DESCARTES. *Idéia*. In: *Dicionário de filósofos: dicionário Descartes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p. 76-78.

¹¹⁵ WOLKMER, A. C. *Ideologia, Estado e direito*. p.181.

no âmbito do intermediário social, que é o local privilegiado assumido pelo Direito.

Uma vez adotada tal postura, deve-se buscar desbravar a definição de imparcialidade. A imparcialidade pode ser visualizada desde as origens do Poder Judiciário, quando da divisão do Estado, como pré-requisito da função do julgador. BLACKBURN define imparcialidade nos seguintes termos:

"Virtude fundamental, associada a justiça e à equidade. Uma distribuição dos benefícios e das obrigações é feita imparcialmente se nenhuma consideração a influência exceto as que determinam o que é devido a cada indivíduo. Perspectivas diferentes quanto ao merecimento farão essa maneira diferente." ¹¹⁶

O dicionarista, porém, faz uma ressalva importante

"Uma das dificuldades na aplicação desse conceito é que na vida real as exigências das pessoas com quem se está intimamente relacionado, como os amigos e a família, contrariam a imparcialidade estrita, fazendo com que esta pareça mais uma parte da moral pública do que da virtude privada." ¹¹⁷

Visando a uma fuga dessa restrição, o artigo 134 do Código de Processo Civil ¹¹⁸ reza sobre os impedimentos ao gozo da função judicativa. Dentro de tais limites não tem o juiz a possibilidade de considerar-se ou não imparcial, ele simplesmente se encontra afastado por força de lei. Há, todavia, situações em que, apesar de não existirem impedimentos legais, o juiz pode se colocar em suspeição. É o que se observa no artigo 135 do Código de Processo Civil. — ressalta-se o parágrafo único, que diz: "Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo". Nestas circunstâncias o juiz pode avaliar se suas condições psicológicas permitem a equidistância das partes; condição *sine qua non* para a possibilidade da realização da imparcialidade.

¹¹⁶ BLACKBURN, S. Imparcialidade. op. cit. .p.198.

¹¹⁷ BLACKBURN, S. Imparcialidade. Idem, ibidem.

¹¹⁸ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Capítulo IV. Seção II – Dos impedimentos e da suspeição. Artigos 134 a 135.

Uma vez que a questão se coloca dentro destes parâmetros, pode-se afirmar que a imparcialidade é um pressuposto processual de existência válida do processo, dando às partes igualdade de condições para exercerem suas atividades postulatórias e instrutórias na formação do convencimento do magistrado.

Mediante tais posições pode-se afirmar que o juiz não pode e não deve, ser indiferente, ou seja, neutro, mas deve ser imparcial, isto é, permitir que dentro do processo as partes tenham oportunidades iguais e julgar segundo o seu convencimento de causa, zelando assim pela lisura do processo e pela realização da Justiça.

2. As Origens Históricas da Idéia de Neutralidade do Juiz

Poder-se-ia se dizer que a crença na existência de um juiz neutro se perde nos primórdios dos tempos, nas origens das estruturas sociais arcaicas. Isto se dá pelo motivo de, em sua origem, a figura do juiz estar ligada com a do sacerdote que não julgava por si mesmo, mas inspirado, ou baseado, na revelação divina. O sacerdote, assim como os anjos, não deveriam alterar a revelação divina, mas quanto mais próximo da fidelidade da revelação mais neutro seria o mensageiro (mas, hoje, todavia, a lei à qual se dirige o juiz, e não o sacerdote, é fruto de um ato da raça humana e não de Deus). Porém, se analisada a partir da perspectiva hodierna, pode-se afirmar que esta crença confundiria neutralidade com imparcialidade. A lei judaica, apenas para citar a que nos é mais próxima, é altamente portadora de teor jurídico, e exorta a observância da imparcialidade, mas vista a partir da atual perspectiva, não exorta à neutralidade; e exatamente porque a figura do juiz e do sacerdote se unificavam em uma mesma pessoa este não poderia ser neutro, visto que carregava consigo uma forte carga ideológica.

Poder-se-ia suspeitar que a insistência na neutralidade do juiz é resquício da representação arqueológica do homem juiz como sacerdote; o que

revelaria a plena presença de um fenômeno de alienação guiando tal crença, isto é, a crença na neutralidade. Deve-se entender alienação no seguinte sentido:

"ALIENAÇÃO: Entfremdung ou afastamento. Exprime sobretudo a idéia de algo que está separado de outra coisa ou que é estranho a essa coisa: estou alienado de mim na medida em que não posso compreender ou aceitar a mim mesmo; o pensamento está alienado da realidade, pois a reflete de forma inadequada. " ¹¹⁹

Dessa forma, entender que o juiz deve ser neutro é ver uma instituição humana, a estrutura judiciária, cercada por uma áurea divina; é não reconhecer a criação na própria criatura. Como paralelo pode-se observar o que KANT afirma sobre o dinheiro, que é uma mera criação humana, isto é, não tem valor em si, antes este valor é construído culturalmente. O dinheiro é uma coisa cujo único uso é ser alienado.¹²⁰

Todavia, para que não se desvie da noção de "idéia" e se dirija para a noção de "mito", necessário se faz a busca pela apreensão de um tempo próximo à concepção do Direito enquanto "Ciência" Jurídica, desvinculado de seu teor religioso.

A desvinculação das categorias de pensamento metafísicas e religiosas teve seu ápice no positivismo de COMTE (1798 — 1857). Mas, como afirma GOMES,¹²¹ o termo positivismo possui vários significados. O primeiro significado, obrigatoriamente, se vincula com COMTE, mas, a partir daí, se torna um movimento bastante vasto. A importância do positivismo, através de COMTE, está, entre outras coisas, na sua teoria da evolução da humanidade. Esta teoria determinava três fases desta evolução: a) fase teológica; b) fase metafísica; e, c) fase positiva. A terceira fase seria o fim do processo evolutivo da humanidade. Esta corrente excluía toda a especulação.

Os positivistas sempre exigiram uma ciência neutra e, como tal, um cientista neutro. Mas não se pode falar em neutralidade científica, isto é, a idéia

¹¹⁹ BLACKBURN, S. op. cit. p. 10.

¹²⁰ KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993. p. 118.

¹²¹ GOMES, A. T. *O Fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 89 – 90.

de que a ciência está livre de ideologias, sem se fazer referência a WEBER. Este defendeu a tese da neutralidade axiológica, da neutralidade com relação a valores. Segundo o sociólogo alemão, “os valores devem ser incorporados conscientemente à pesquisa e controlados através de procedimentos rigorosos de análise, caracterizados como esquemas de explicação condicional”.¹²² Observa-se que WEBER aceita os valores como guia para a escolha de um determinado objeto pelo cientista, pois a neutralidade se manifestaria na obrigação ética absoluta de dizer a verdade. Cita-se WEBER, pois ele possui um papel importante na compreensão de modernidade e será interlocutor de HABERMAS. Porém, o que se busca é apenas introduzir um contexto favorável para a abordagem do positivismo jurídico; motivo que, por hora, nos afasta do sociólogo alemão.

Sobre a relação do positivismo legal e a neutralidade — não especificamente a do juiz, mas a neutralidade do Direito enquanto ciência — é importante ressaltar que:

“A questão da “neutralidade científica” pode nos remeter tanto à pretensão de neutralidade do cientista no tratamento de seu objeto de conhecimento como ao próprio enunciado científico, fundamentado em certos paradigmas ou modelos.[...] A exclusão dos juízos de valor e a explicação causal constituem-se portanto em regras fundamentais para o método científico, de forma que só pode ser denominado “científico” aquele saber que elimine possíveis interferências dos juízos de valor e que esteja apenas voltado para o dever científico de procurar atingir a verdade dos fatos. Assim sendo, a neutralidade pode ser vista como um postulado metodológico para a realização da reta razão científica.”¹²³

Vê-se, desta forma, que a figura do homem da ciência — neste caso específico, do juiz enquanto agente da ciência do Direito — como um ente neutro dentro de um processo de conhecimento é pré-requisito para que tal disciplina mantenha seu *status* de ciência. Mas cabe neste momento a interrogação sobre a possibilidade real da existência de uma ciência neutra.

¹²² QUINTANEIRO, T.; BARBOSA, M. L. O.; OLIVEIRA, M.G. *Um toque de clássico: Durkheim, Marx e Weber*. Belo Horizonte: UFMG, 2000. p. 137.

¹²³ WARAT, L. A.; PÊPE, A. M. *Filosofia do direito: Uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996. p. 14.

3. Sobre a Impossibilidade da Neutralidade da Ciência

Se a ciência é neutra, necessariamente, constitui-se como instância de conhecimento pura e autônoma. Porém, toda ciência já traz em si uma carga ideológica; independente da existência de um período de conflito ideológico entre grandes blocos mundiais, como foi o caso da guerra fria, ou se pesquisas são realizadas ou não com o patrocínio de verbas públicas.

Porém, os defensores da neutralidade científica esquecem-se de que o conhecimento científico não é puro, livre de interesses externos. Por isso HABERMAS fala no binômio conhecimento-interesse. Ainda que falando da ciência em geral, e não especificamente da ciência do Direito, é importante notar como as teorias convergem para a Justiça:

"Pode-se dizer com segurança que o interesse primordial do homem sobre a Terra é a justiça. A fim de estabelecê-la e mantê-la os homens se agruparam e criaram suas instituições. Grosso modo, pode-se dizer, toda organização social existe a fim de obter a realização da justiça."
124

Nota-se que a neutralidade é um mito, mas nem por isso perde o seu caráter social e a sua pressuposição de valor. HEGEL, em sua análise filosófica da história, procura evidenciar a razão como poder absoluto do mundo. Mas este poder absoluto, que foi absorvido com grande facilidade pelo senso comum, gera uma massa sujeita à dominação; a exemplo dos indivíduos alienados do "mito da caverna", de PLATÃO. Por este motivo há tanta dificuldade em se apregoar uma nova visão de mundo, uma visão de uma ciência que não é neutra, mas vinculada a uma rede de interesses. Os ânimos da renovação, contudo, não se abatem pois, como afirma HABERMAS,

¹²⁴ BARBOSA, J.C. T. *O que é Justiça*. São Paulo: Abril, 1984. p.7.

“conhecer é um instrumento da autoconservação na mesma medida em que transcende a simples autoconservação”.¹²⁵

4. O Direito e a Neutralidade Científica

Para o início deste tópico uma pergunta se faz necessária: Será o Direito uma ciência? Sobre esta questão nos fala CLÈVE ao afirmar que “Não há ciência jurídica”¹²⁶. Mas o que leva a tal afirmação? Um ponto essencial para qualquer ciência é possuir uma linguagem rigorosa, aliás a linguagem das ciências se pretende universal. Porém, como fala WARAT, não é isto o que ocorre no Direito:

"Mais do que ambíguo ou impreciso, o discurso da lei é enigmático, ele joga, estrategicamente, com os ocultamentos para justificar decisões, disfarçar a partilha do poder social e propagar, dissimuladamente, padrões culpabilizantes. Conceitos ideologicamente condicionados encobrem práticas de terror racionalmente banalizadas. Utopias perfeitas explicam, com razões, a produção institucional de um sujeito de direitos sem Direito à transformação autônoma da sociedade. Enfim, uma enorme carga ideológica que atravessa todo o processo de interpretação da lei." ¹²⁷

A linguagem é construída culturalmente, e por isso tem sua função social — principalmente nas ciências humanas, já que estas são mais acessíveis, dentro de certos parâmetros, ao vulgo; as ciências naturais e a alta tecnologia fazem parte do dia-a-dia da civilização Ocidental, mas não de sua compreensão de mundo. Muitos utilizam a televisão, mas poucos entendem de transmissão de dados via-satélite; todos sabem atravessar uma via automobilística movimentada, mas apenas alguns conhecem o cálculo do deslocamento de um corpo no espaço ou da velocidade média de um veículo, etc. Contudo, a ausência destes conhecimentos não impede a utilização prática

¹²⁵ HABERMAS, J. *Técnica e Ciência Como "Ideologia"*. Lisboa: Ed. 70, 1997 p. 143.

¹²⁶ CLÈVE, C. M. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 195.

dos equipamentos técnicos mais populares ou o circular de um ser humano no mundo. Mas a ausência total de qualquer forma de linguagem tornaria impossível a sobrevivência do homem, visto que o ser humano possui a linguagem em sua essência. Neste ponto não podemos retirar a importância social do Direito; e por isso há de recorrer-se novamente ao professor WARAT, que afirma:

"Ora, o Direito cumpre a sua função de condição de sentido, se funciona como um mecanismo simbólico, negando-se simultaneamente, seu caráter legalista e cientificista, na medida que, afastando-se dos pressupostos que predominam em sua doxa instituída como ciência, passa a fazer uma opção para a produção política das significações, para um processo de autonomia, entendido como vínculo criativo com o outro." ¹²⁸

"Na verdade, as linguagens não se esgotam nas informações transmitidas, pois elas engendram uma série de ressonâncias significativas e normalizadoras das práticas sociais. [...] Em certo sentido, a ciência não pode produzir o seu objeto em uma dimensão exterior à linguagem " ¹²⁹

Uma ciência produz conhecimento e o transmite por meio de conceitos, porém é a filosofia que irá realizar uma análise desses conceitos. Na gama excepcional de conhecimentos legados pela filosofia encontra-se a epistemologia, disciplina filosófica que se propõe a estudar a Teoria do Conhecimento Científico. Sobre a positividade epistemológica do Direito relata CLÈVE:

"O saber jurídico tem um lugar próprio junto à episteme atual que lhe confere positividade epistemológica. É um saber, e não ciência, sendo vedado o seu acesso ao registro da cientificidade." ¹³⁰

¹²⁷ WARAT, L. A. *Introdução geral ao direito I* — interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 20.

¹²⁸ WARAT, L. A. *Introdução geral ao direito I* — interpretação da lei: temas para uma reformulação. p.29.

¹²⁹ WARAT, L. A. *O Direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 15.

¹³⁰ CLÈVE, C. M. op. cit. p. 195.

A afirmação de que o Direito é um saber e não uma ciência pode apavorar os tradicionalistas, os positivistas, mas qual é o valor em si de ser chamado de ciência? Qual motivo levaria a necessidade de o Direito ser uma ciência?

Desde a posição assumida pelo positivismo lógico é que se busca o conceito de ciência como sinônimo de verdade ou, pelo menos de validade. Qualquer discussão termina quando se proclama: "Isto já foi provado cientificamente!". É por esse motivo que todo conhecimento busca alcançar o reconhecimento comum de ciência. A teologia, o Direito, algumas escolas filosóficas, etc. todos querem ser ciência. A posição aqui adotada é que a ciência não é a única forma de conhecimento válido. Não será possível abordar questões relativas a História das Ciências para que essa posição se firme como válida, porém defende-se que o Direito é uma forma de conhecimento válida mesmo não sendo ciência; e isso deverá corroborar com a afirmação anterior.

Ainda é CLÈVE que mostra a posição da "ciência" jurídica no campo do saber. A ciência jurídica

"...situa-se entre os eixos próprios às disciplinas científicas e o eixo da filosofia. Têm se desenvolvido, sempre, ou a partir da epistemologia das ciências rigorosas, como a matemática e o positivismo da física, ou então a partir da epistemologia fornecida pelas ciências da vida, da produção e da linguagem." ¹³¹

Não se foge dos paradoxos, pois eles também fazem parte do "mundo da vida" e, por isso, mais uma vez, se busca auxílio em WARAT:

"A epistemologia do Direito não passa de uma 'doxa' e 'episteme' privilegiada. Dito de outra forma, detrás das regras do método, dos instrumentos lógicos, existe uma mentalidade difusa (onde se mesclam representações ideológicas, sociais e funcionais) que constitui a vigilância epistemológica pela servidão do Estado. A ordem epistemológica de razões é substituída por uma ordem ideológica de crenças que preservam a imagem política do Direito e do Estado." ¹³²

¹³¹ CLÈVE, C. M. op. cit. p.194.

¹³² WARAT, L. A. *Introdução geral ao direito I* — interpretação da lei: temas para uma reformulação . p. 16.

O paradoxo está presente quando se chama a epistemologia de *doxa*. Etimologicamente, *episteme* significa ciência, enquanto *doxa* seria opinião. Mas há de se enfrentar o paradoxo em busca de mais um item que faz com que o Direito não seja uma ciência, e este é justamente a ideologia. Assim diz AGUIAR:

“O Direito é a expressão mais alta da tradução ideológica do poder. Ele estabelece os princípios, delimita as condutas, defende atitudes e “ofende” a outras por meio de sanção.

O Direito é fruto de um “regime” político, de um “governo”, que não são formados por seres abstratos e separados do mundo, mas seres que pertencem a grupos e classes sociais e que pensam em conformidade com esses grupos, em virtude deles terem se instituído a partir de posições que ocupam na produtividade material.”¹³³

Vê-se nessa afirmação de AGUIAR que o Direito não é neutro. A partir dessa posição se poderia afirmar que o operador do Direito que procura a neutralidade está, na verdade, se afastando da neutralidade na mesma proporção em que se afasta do Direito, pois ao buscar sua neutralidade torna-se parcial,¹³⁴ visto que omisso, porém se o operador assume uma posição de independência em frente à neutralidade exigida pelos positivistas do Direito, aí sim, ele estará sendo “neutro”, em nome da sociedade, na mesma medida em que se afasta da neutralidade do Direito, e não do Direito.

AGUIAR é ainda mais incisivo ao afirmar que “...falar de Direito e ideologia é tautológico”.¹³⁵ Mediante tais posições crê-se ter chegado ao final deste tópico com a certeza de que o Direito não possui uma neutralidade científica — como já foi visto, neutralidade questionável até nas ciências empíricas —, pois é não somente um intermediário social, como também um foco de lutas e de jogos de poder.

¹³³ AGUIAR, R. A. R. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Omega, 1990. p. 80.

¹³⁴ A neutralidade não é uma exigência da imparcialidade, porém a imparcialidade seria exigida a uma pretensa neutralidade.

¹³⁵ AGUIAR, R. A. R. op. cit. p. 79.

5. O Judiciário e a Neutralidade Judicial

Em se tratando de um Poder criado para contrabalançar as decisões de um executivo forte por demais; missão, esta, que compartilha com o Legislativo; deve-se crer que o mínimo exigido ao Judiciário é que assuma uma posição definida diante daquele, ou seja, o Executivo. Tal posição já é, por si, não neutra, visto que só se assume uma posição em detrimento de outras. A própria tomada de posição implica, necessariamente, a consciência dos valores neles imbuídos. Porém, para que não se parta de um pré-conceito, investigam-se as condições de possibilidades da existência da neutralidade dentro desse Poder.

5.1. O Teor Valorativo do Conceito de Justiça

O ideal da Justiça é um objetivo que todas as civilizações buscam. A Justiça, no âmbito do Direito, é algo que não se pode definir, visto que tal valor transcende o poder que a ciência jurídica possui de conceituar. O homem, segundo HEIDEGGER, é um ente privilegiado, pois é o único ente que tem acesso à clareira do ser. A Justiça, pela filosofia fenomenológica Heideggeriana, também seria um ente. Porém, aqui, deve haver um afastamento de HEIDEGGER para afirmar que a Justiça está presente no mundo do “dever-ser”.

O ideal da Justiça mudará do governante para o governado, do Ocidental para o Oriental, do nobre para o plebeu, do pobre para o rico, do instruído para o ignorante, do crente para o ateu ... O ideal da Justiça se manifestará de acordo com as bases de visão antropológica de cada ente social; como também sofrerá variações de acordo com a forma de governo adotada por uma sociedade específica. O objetivo deveria ser, seguindo HABERMAS, alcançar um conceito de justo e injusto por meio de um processo comunicativo entre essas comunidade tão antagônicas.

Em busca do testemunho da História Universal, vê-se que na Região do Eufrates — onde primeiramente os homens começaram a sistematizar as leis e o ideal da Justiça recíproca, quando estabeleceram, dentre outros, o seguinte artigo: “ Se alguém arranca o olho a um outro , se lhe deverá arrancar o olho” (art. 196 do Código de Hamurabi)¹³⁶ — Lei de Talião era o fenômeno que manifestava a reciprocidade como finalidade da Justiça. A Justiça proporcional. Já para os hebreus, a norma religiosa era também ética e jurídica; um caso de Direito era também moral e religioso. Esta mudança possuía como pano de fundo a visão que cada povo tinha da relação do “homem” com a divindade.

Se do plano religioso ocorre a projeção para o julgamento de SÓCRATES observa-se como o filósofo foi submetido a um injusto veredicto em que lhe foi imposta a pena de morte. Na Mitologia Grega *Temis* foi a personificação do Direito , da ordem e da Justiça, e na hora dos julgamentos invocava o seu nome. Porém, diante da posição pré-determinada do povo Ateniense, a personagem mitológica nada pôde fazer.

Na Mitologia Romana a Justiça (do Latim *Iustitia*) era representada por uma deusa empunhando uma espada, símbolo do poder, e tendo à mão a balança (libra) , símbolo do equilíbrio, e com olhos vendados, como indício de imparcialidade. Este permanece o ideal dos tribunais do presente.

Dois grandes povos, em um período histórico próximo entre si, tinham visões distintas de Justiça, pois distintas eram suas visões de homem. Para os Gregos, como podemos ver na República, de PLATÃO, a Justiça tinha relação direta com a Pólis e todo homem grego, livre e maior de idade era um político, isto é, era um igual na Pólis e no seu Direito de se manifestar na Ágora. Quem contrariasse as leis da Pólis seria injusto e deveria ser punido.

PLATÃO traz em sua doutrina o conceito de Justiça em nível transcendental. O bem supremo. Seu conceito de Justiça é rico em conotações: psicológica, estética, jurídica, epistemológica e metafísica.

A Justiça como base psicológica seria uma percepção interior, uma virtude que radica n'alma. Saindo do campo individual, pode-se ver a Justiça

¹³⁶ ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 5 ed. São Paulo: Ícone, 1989. p. 68.

como referência para o imperativo social. Para conceituar a Justiça em bases estéticas ele afirma que se confunde com a própria beleza e perfeição.

Já para conceituá-la com bases éticas, PLATÃO disse : “ A Justiça é a virtude que mantém a harmonia geral, ordenando que cada classe cumpra seu dever, sem envolver-se com os demais”.¹³⁷

Na conceituação epistemológica afirma-se: “ A Justiça é a virtude e sabedoria, e a injustiça , maldade e ignorância” (República. I , 350)¹³⁸

E finaliza conceituando, metafisicamente, a Justiça: “ A Justiça tem fulgor solar”. “ Deus é a medida de todas as coisas” (contestação do sofista PITÁGORAS, de que “ o homem é a medida de todas as coisas”) (Leis, IV, 716)

“A Justiça é de natureza das coisas espirituais” (República. 330)¹³⁹

Todavia, para que se confirme que esta palavra metafísica chamada homem é a base do conceito de Justiça, deve-se observar o conceito de Estado para PLATÃO: “ O Estado é um macroanthropos [homem grande, o Estado como uma extensão, um prolongamento do homem, de natureza humana, portanto de sua socialidade] , e o homem uma mikrópolis [uma cidade pequena , um Estado reduzido, individualizado]”.¹⁴⁰ É Interessante que o conceito do homem grande de PLATÃO será reproduzido mais tarde em HOBBS no seu Leviatã, ou homem artificial.

Essa busca pela Justiça já nos revela que a referência para o Direito não deve ser as leis, mas o homem. É imprescindível que o Poder Judiciário não só visualize tal horizonte, como também defina qual é o conceito de homem que estriba sua Justiça.

Para ARISTÓTELES, a idéia da Justiça está inserida no livro *Ética a Nicômaco*¹⁴¹ e o importante é a Justiça Distributiva . Ele observa os diversos sentidos em que a Justiça e a injustiça são abordadas e afirma que a Justiça universal e legal deve se direcionar para atingir o bem comum. Tal pensador

¹³⁷ PLATÃO, apud MACEDO, Sílvio de. *História do pensamento jurídico*. 1 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. p. 15.

¹³⁸ PLATÃO, apud MACEDO, S. de. op. cit. p. 15.

¹³⁹ PLATÃO, apud MACEDO, S. de. Idem, ibidem.

¹⁴⁰ PLATÃO, apud MACEDO, S. de. op. cit. p. 16.

¹⁴¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, in *Os Pensadores*. São Paulo: Abril, 1980.

também via o homem como um animal político, destinado a habitar na *Polis* como condição de realização de suas potencialidades.

Analisa-se, até o momento, a Justiça enquanto valor. Por isso as referências ao núcleo do pensamento de PLATÃO e ARISTÓTELES, que criam na Justiça e buscavam a realização do bem no Estado.

O homem quando mais perfeito é o mais excelente dos animais; quando afastado da lei e da Justiça, é o pior de todos. Necessário se faz a ressalva de que as leis, em PLATÃO, não possuem o caráter positivista de hoje. Vê-se, como exemplo do afastamento conceitual de épocas distintas, que a virtude, para o referido filósofo, estava vinculada ao conhecimento e aos vícios com a ignorância; o que não possui o menor sentido para a época presente.

A Justiça aristotélica é distributiva, está relacionada com a lógica e tendo mediação proporcional. Faz-se Justiça tratando igualmente as coisas iguais e, desigualmente, as coisas desiguais, na medida em que se desiguam. Daí, até por motivos lógicos, a impossibilidade da neutralidade, pois ao se procurar fazer distinção entre igualdade e desigualdade já se está fazendo um tipo de juízo de valor.

Desta forma, não se pode negar que tanto a filosofia idealista do mundo das idéias platônico, como a filosofia empirista aristotélica vêem a Justiça como uma forma de valor.

Apesar de os gregos terem legado a filosofia à humanidade foram os romanos que legaram o Direito a civilização. O Direito romano não foi uma filosofia do Direito, mas sim, uma sistematização jurídica. Eles construíram um Direito universal, natural, racional e humano. Roma teve que superar sua própria nacionalidade para poder se tornar a capital do mundo. A evolução política de Roma é caracterizada pela estabilidade política, contrapondo-se aos ideais gregos de liberdade e de democracia.

Enquanto os gregos mantinham sua visão de Justiça vinculada à ética, os romanos representam a primeira tentativa de dissociar o Direito da moral, individualizando a norma jurídica por meio da filosofia estóica “contans ac

perpetua voluntas unicuique suum tribuendi ” (vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu).¹⁴²

Porém, o grande legado romano foi o *Corpus Iuris Civilis*, de JUSTINIANO que até hoje inspira o Direito e a Justiça dos países filiados ao sistema romano-germânico.

Mas toda a teoria jurídica romana não era suficiente para que o Pretor conhecesse a verdade. Por esse motivo Pilatos intenta esnobar a JESUS CRISTO perguntando: “Que é a Verdade?...”¹⁴³

No feudalismo se percebe que o que mais importa é o laço que une o homem ao homem, o vassalo ao senhor, tendo como contrapartida o feudo. O poder Judiciário era exercido pelos senhores que detinham a baronia, os detentores de feudos com título, a saber: duques, condes, viscondes, marqueses, descendentes de oficiais administrativos da época carolínea. Também os senhores castelões ou vassalos de vassalos, que não são soberanos, mas dispõem do Direito de Justiça.

Mas na Idade Média, há que se encontrar o Direito canônico, Direito da Igreja Católica, que regula a constituição, a atividade da Igreja, seus órgãos e os que a integram, e também a vida dos fiéis. É a primeira vez que, após a fragmentação do Império Romano, o Direito passa a ser regulado por um poder institucional que ultrapassa as barreiras das necessidades locais para buscar uma regulação jurisdicional universal. A reunião de todas as coleções (Canônes dos Apóstolos, dos Concílios e, outras) chamou-se *Corpus Juris Canonici* (Concílio de Basiléia, 1437).

Pode-se dizer, com segurança, que as bases filosóficas da Igreja Católica estão firmadas em AGOSTINHO e AQUINO.

O pensamento de AGOSTINHO traz um sincretismo da cultura greco-romana e insere no Cristianismo teses progressistas. Para ele “ A Justiça é o resultado do maior amor do mais sábio dentre os homens. A Justiça é

¹⁴² ULPIANO, apud MACEDO, S. de. *Silvio de. História do pensamento jurídico*. 1 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. p. 32.

¹⁴³ BÍBLIA, N. T. João. Português. Bíblia Sagrada: Evangelho Segundo S. João 18:38. Edição Revista e Corrigida Traduzida por João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969. p. 148.

expressão do amor do sábio”.¹⁴⁴ Novamente o conceito de Justiça vem acompanhado de teor valorativo.

Depois de AGOSTINHO, vem AQUINO, escolástico, filósofo medieval. O Estado para ele é um produto natural e não artificial. A sua teoria política prevê que o Estado atinge um fim ético através do Direito, avaliando que as leis feitas pelos homens representam uma razão entre o crime e a virtude.

Diz ele em sua obra *Summa Theológica*: “ A Justiça tem por escopo ordenar o homem em suas relações com os outros homens”.¹⁴⁵ Neste particular que é sujeito a uma determinada comunidade, a todos os homens que nela são compreendidos (*Summa*, 58, 5 a)

AQUINO estabelece uma relação entre verdade e Justiça: “ A Justiça, portanto se chama verdade, porque é a retidão impressa na vontade pela retidão da razão, que se chama verdade”.¹⁴⁶ (*Summa*, 2 a, 2 a e, Q.58, a 4). Ao tornar a Justiça sinônimo de verdade, AQUINO afasta-se de AGOSTINHO, que possuía bases platônicas. Isto se deve em parte à pressão da filosofia Árabe, que introduziu ARISTÓTELES na Europa.

É somente na Idade Contemporânea que vão surgir oposições ao relacionamento da Justiça com o Direito; e justamente por causa do caráter valorativo da Justiça. KELSEN procurou separar a ciência positiva do Direito da filosofia da Justiça, pois nesta, segundo ele, se concretiza um julgamento subjetivo de valor. “É o conceito de Direito positivo que está em questão aqui; e uma ciência do Direito positivo deve ser claramente distinta de uma filosofia da Justiça.”¹⁴⁷ O próprio KELSEN, porém, reconhece que esta separação é difícil porque ambos são sinônimos no pensamento político não-científico, assim como na linguagem comum, e porque essa confusão corresponde à tendência ideológica de dar aparência de Justiça ao Direito Positivo. O resultado desta doutrina positivista se faz presente hoje nos Códigos de Direito.

¹⁴⁴ MACEDO, S. *História do pensamento jurídico*. 1 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. p. 44.

¹⁴⁵ MACEDO, S. op. cit. p. 58.

¹⁴⁶ MACEDO, S. Idem, ibidem.

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1990. p. 13.

Até aqui a análise procurou demonstrar que o conceito de Justiça, é pressuposto para a existência do Direito e possui um teor valorativo. Conclui-se afirmando que o Poder Judiciário está revestido do propósito de ser fiel à concepção de Justiça. Mas onde há uma noção de valor julga-se não existir neutralidade, pois esta exigiria uma posição *a priori*, o que é impossível em se tratando de instituições humanas.

AGUIAR afirma que:

"A virtude da justiça é não estar no meio. A justiça não é neutra, ela é sempre comprometida. A diferença entre as diversas corporações de justiça está no seu comprometimento com um ou outro grupo. Quando dizemos que a justiça é comprometida, optamos pela visão segundo a qual os valores traduzidos por um ideal de justiça estão inapelavelmente ligados à situação e condição de quem crê ser esta a concepção mais válida de justiça."¹⁴⁸

Mas será que esta Justiça possui voz e voto no seu âmbito empírico, ou seja, será que as estruturas de poder, criadas para realizar a Justiça e o controle social, permitem que a dama cega realmente se manifeste quando invocada?

5.2. As Estruturas de Poder e a Realização da Justiça

As estruturas de poder não podem ficar excluídas da busca de uma explicação para um fenômeno social, pois são nessas estruturas que se manifestam as ideologias; como também são nelas que deságua a busca pelo equilíbrio social. Porém, faz-se importante ressaltar os artifícios construídos historicamente para se tentar deter uma exacerbação do uso do poder. Com o intuito de se chegar à constituição do Poder Judiciário enquanto desaguadouro natural das questões do Direito, procura-se abordar as estruturas de poder por meio de sua relevância para o tema em questão.

¹⁴⁸ AGUIAR, R. A. R. op. cit. p. 181.

O tópico anterior chegou ao seu termino falando de AGOSTINHO e AQUINO. Inicia-se este citando outro pilar histórico mundial que não pode ficar fora da busca da Justiça enquanto valor, MAQUIAVEL. Dele não se extrai, precisamente, um conceito de Justiça, contudo ele induz a um princípio relevante de que os fins justificam os meios. O fim do príncipe seria o de se manter no poder. O julgamento sobre a bondade ou a maldade de um príncipe não se faz com fundamento nos meios que emprega, mas, principalmente com base no resultado que obtém – quaisquer que sejam os meios usados :

“ Nas ações de todos , máxime dos príncipes, onde não há tribunal para recorrer, o que importa é o êxito bom ou mau. Procure, pois, um príncipe, vencer e conservar o Estado. Os meios que empregar serão sempre julgados honrosos e louvados por todos, porque o vulgo é levado pelas aparências e pelos resultados dos fatos consumados, e o mundo é constituído pelo vulgo, e não haverá lugar para a minoria se a maioria não tem onde se apoiar.” ¹⁴⁹

Tal concepção foi fruto de uma época. Nesse momento o homem não era mais a base da Justiça; agora esta base se apresentava na figura objetiva de um indivíduo: o príncipe.

A história não é estática. Com a mudança das formas válidas de sustentação muda-se juntamente todo o cosmos de interpretação social. O príncipe não prevaleceu, os meios foram mais fortes do que os fins. Isto se deu com o aparecimento das cidades e dos burgueses. O trabalho, que estava no âmbito do profano, durante a Idade Média, torna-se a referência do sagrado. Dessa forma, trabalharam incessantemente aumentando os negócios e os lucros. Essa nova forma de se ver o mundo impunha uma nova forma de Justiça e de Direito.

Com o enriquecimento das cidades, os burgueses, classe que MARX caracterizou como revolucionária, foram conquistando, aos poucos , a sua independência.

Ainda no Século XVII os direitos humanos começam a ser sistematizados, embora ainda fossem relacionados com a cidadania de um

¹⁴⁹ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. 1 ed. São Paulo: Edipro, 1995. p. 89

determinado Estado, obrigado a respeitar tais direitos. Marco desta época é o *Bill of Rights* (Carta de Direitos) , documento inglês, datado de 1688, que começou com uma contenda contra o Rei James II pelo fato de ter tentado subverter tais direitos. Exigiu-se então que, a partir daquela data, eles deveriam ser respeitados pelo Príncipe de Orange.

Na América, já no Século XVIII, surge a Declaração Americana de Independência, de 1776, criticando as violações do Rei George III e declarando a independência. O intuito era o de se gerar um novo governo, a ser formado pelas colônias unidas, sob o princípio de que a tirania é inadequada para ser o governo de um povo livre.

E, finalmente, a Declaração Francesa de Direitos,¹⁵⁰ de 1789, declarou a inalienabilidade dos direitos, mas assegurou o respeito aos deveres da nação, o que proclamou ser a origem de toda a soberania.

O filósofo inglês HOBBS iniciou a fase dos contratualistas (HOBBS, MONTESQUIEU, ROSSEAU E LOCKE). Para, HOBBS, os homens vivem originalmente no estado de natureza e , em decorrência disso lutam entre si. Levados pelo temor e pela insegurança, os homens teriam pactuados para a criação de um Estado Artificial, denominado "Leviatã". Era a origem do Estado Absoluto.

A Justiça para HOBBS seria o cumprimento do pacto social:

"...depois de celebrado um pacto, rompê-lo é injusto. E a definição de injustiça não é outra senão o não cumprimento de um pacto. E tudo o que não é injusto é justo". "a justiça, isto é, o cumprimento dos pactos, é uma regra de razão, pela qual somos proibidos de fazer todas as coisas que destroem a nossa vida, a , por conseguinte, é uma lei de natureza".¹⁵¹

HOBBS ainda conceituou o homem justo como sendo

"àquele que toma o maior cuidado possível para que todas as suas ações sejam justas, e um homem injusto é o que despreza esse cuidado". "O que presta às ações humanas o sabor da justiça é uma certa nobreza ou coragem (raras vezes encontrada), em virtude da

¹⁵⁰ FRANÇA. *Declaração do Homem e do Cidadão*. 1789.

¹⁵¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã I*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril, 1980. p. 88-89.

qual se despreza ficar devendo o bem-estar da vida à fraude ou ao desrespeito pelas promessas. É essa justiça da conduta que se significa quando se chama virtude à justiça , e vício à injustiça.”¹⁵²

MONTESQUIEU é o filósofo que estabelece a Teoria de Divisão do Poder. Os poderes do Estado fossem de tal sorte organizados que mutuamente se travassem (sistema de pesos e de contrapesos), se limitassem automaticamente o seu campo de atuação. Distingue três poderes do Estado: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. E sustenta que esses poderes devem ser divididos , independentemente uns dos outros, e confiados a pessoas diferentes.

Vê-se, assim, que o Poder Judiciário nasce para contrabalançar as formas vigentes de poder. Tal Poder, por função histórica, não nasceu para a subserviência.

ROUSSEAU defende a idéia do pacto social e inova a forma de conceituar o soberano e o governo. Seu pensamento era contrário ao absolutismo. O contrato social deve se originar do consentimento unânime.

“Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, contudo, senão a si mesmo e permaneça tão livre com antes. [...]É este o problema fundamental de que o contrato social dá a solução.”¹⁵³

Como citado supra, o fortalecimento das cidades fez com que os burgueses se estabelecessem enquanto classe a ser respeitada. Porém eles não pararam aí, antes buscaram acessar ao poder. Neste caminho se encontra LOCKE, considerado um dos grandes teóricos do liberalismo político. Ele é considerado um dos teóricos práticos do liberalismo político. Um ponto a ser destacado no pensamento de LOCKE é a questão da propriedade, fixada pela capacidade de trabalho de cada um.

O Renascimento, que foi uma forma de resistência à ontologia aristotélica e um retorno ao pensamento platônico, acontece na história da

¹⁵² HOBBS, T. *Leviatã I*. p. 89.

¹⁵³ ROSSEAU, J. J. *op. cit.* p. 21.

humanidade, com ele o mercantilismo e a era dos descobrimentos de outros continentes; além de mudanças de paradigmas científicos como os gerados por GALILEU. O que não mudou foi o ideal de Justiça, que continuou servindo aos detentores do poder. A Justiça assegurou os pactos e , com isso, o mercantilismo se expandiu até outros continentes.

Esse quadro começa a mudar na América, a partir da Declaração Americana de Independência. TOCQUEVILLE descreve o papel político do juiz americano e a força da Constituição , na obra A Democracia na América, quando afirma:

“... Os americanos mantiveram, no Poder Judiciário, seus três caracteres distintivos. O juiz americano não pode pronunciar-se se não há litígio. Só se ocupa de casos particulares; e, para agir, deve sempre esperar que haja uma demanda. Portanto, o juiz americano assemelha-se perfeitamente aos magistrados das outras nações. Entretanto, reveste-se de imenso poder político. De onde isso provém? Move-se nos mesmos círculos e serve-se dos mesmos meios que os outros juizes. Por que possui poderes que os outros não têm? A causa reside num só fato: os americanos reconheceram nos juizes o Direito de fundamentar seus veredictos na Constituição mais do que nas leis. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar leis que lhes pareçam inconstitucionais...”¹⁵⁴

O Código de Napoleão, de 1804, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU), publicada pelas Nações Unidas em 1948, são marcos da história do Direito. Através do Código de Napoleão muitas das conquistas obtidas na Revolução Francesa foram reconhecidas tais como a liberdade individual, a equidade antes da lei e o caráter secular do Estado. O Código também incorporou muita coisa do Direito romano, escrito de maneira acessível ao público. Ele regulou matérias de Direito privado como a propriedade, testamentos, contratos e obrigações. O Código francês inspirou diversos códigos similares, dentre eles, o da Província canadense do Québec (1865), Alemanha (1900) e Suíça (1907). Já pela Declaração Universal dos Direitos do Homem ficou estabelecido que:

"Todo o Homem tem Direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei (artigo VIII)."¹⁵⁵

O acesso à Justiça também é assegurado no artigo X, que dispõe:

"Todo o Homem tem Direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele." (Artigo X) ¹⁵⁶

Nota-se que o Judiciário, enquanto poder, sempre dependeu de filosofias que vieram a se impor na história, de Códigos legados pelo Poder Executivo e de estatutos internacionais. Urge que esta estrutura de poder se posicione reclamando sua posição política devida.

6. Seria a Neutralidade uma Questão Ética?

Em filosofia são os próprios conceitos que se tornam tópicos de investigação. Dessa forma pensar a ética é procurar fazer com que ela se descubra em sua origem ontológica. Auscultando o sussurrar do "Ser", que evoca o ente humano desde a sua casa, isto é, a palavra, segue-se o Caminho (método), no intuito de ressaltar a diferença existente entre ética e moral. Enquanto a primeira pode ser definida como o "estudo dos conceitos envolvidos no raciocínio prático: o bem, a ação correta, o dever, a obrigação, a virtude, a liberdade, a racionalidade, a escolha",¹⁵⁷ o mesmo já não pode ser feito com a segunda, pois esta é uma empresa muito mais difícil. HABERMAS procura ampliar o sentido tradicional de moral, colocando-a num âmbito maior do que a ética, no sentido de que esta seria abarcada por aquela. Porém,

¹⁵⁴ TOCQUEVILLE. *A Democracia na América*, in *Os Pensadores*. São Paulo: Abril, 1979. p.203.

¹⁵⁵ VIEIRA, Jair Lot. *Declaração dos direitos humanos*, in *Coleção Classics*. São Paulo: Edipro, 1993. p. 11

¹⁵⁶ VIEIRA, J. L. *Idem*, *ibidem*.

“Há um uso do termo (moral) que restringe a moral aos sistemas como o de Kant, baseado em noções como o dever, a obrigação e princípios de conduta, reservando a ética para a perspectiva mais aristotélica do raciocínio prático, baseada na noção de virtude, e que de modo geral evita a separação das considerações ‘morais’ de outras considerações práticas.”¹⁵⁸

A ética pode ser aplicada a problemas práticos reais, como por exemplo: o aborto, a eutanásia, a gestão e muitos outros. Por esse motivo, nada impede que também seja aplicada para a análise da regulação da conduta de uma determinada classe profissional. Aliás, essa busca vem sendo realizada com êxito por renomados juristas. A título de exemplo, pode-se citar a obra: “Uma Ética para o juiz”¹⁵⁹.

Sabendo-se, porém, que a ética não possui uma visão unívoca, qual postura ética se deve adotar? Para KANT essa busca deveria partir apenas da razão, já que não admite a separação entre a ética e o conhecimento.

O utilitarismo, por sua vez, também aceita a razão como guia, desde que venha a se direcionar para a obtenção da maximização da utilidade ou da felicidade.

O relativismo, afirma que a verdade é relativa ao ponto de vista do sujeito. O efeito dessa afirmação pode ser observado no relativismo cultural, isto é, na crença de que as construções ético-morais dependem do meio cultural em que o sujeito está inserido.

NALINI, exortando o juiz à humildade, afirma que “Como operador intelectual, o juiz há de repetir sempre: **só sei que nada sei** [grifo nosso]”.¹⁶⁰ Esse é o estado de espírito que fará com que o operador do Direito opte por este ou aquele padrão de conduta ética. Não são as normas pré-definidas que levam o ser humano ao conhecimento, mas é o esvaziar-se dos preconceitos e entregar-se à relação com o se “ser-outro”; e nesta posição não há espaço

¹⁵⁷ BLACKBURN, S. op. cit. p. 215.

¹⁵⁸ BLACKBURN, S. op. cit. p. 256.

¹⁵⁹ Esta obra foi coordenada pelo Dr. José Roberto Nalini, e reuniu nomes como: Antônio Gomes Penna, Antônio Carlos Mathias Coltro, Arnaldo Niskier, Esther Figueiredo Ferraz, Ives Gandra da Silva Martins, José Goldemberg, José Renato Nalini, Luiz Antônio Nunes, Miguel Reale, Pedro Máximo Paim Falcão e Dom Paulo Evaristo Ams.

para a neutralidade. O Direito é o espaço de mediação do juiz para este relacionamento. Assim fala o filósofo do Direito PERELMAN:

"Os juristas, descontentes com uma concepção positivista, estadista e formalista do Direito, insistem na importância do elemento moral no funcionamento do Direito, no papel que nele desempenham a boa e a má-fé, a intenção maldosa, os bons costumes, a equidade, e tantas outras noções cujo aspecto ético não *pode ser desprezado*.

Raros, em contrapartida, são aqueles que recomendam o estudo do Direito como objeto de mediação, e às vezes até de inspiração, para o moralista."¹⁶¹

A ética pressupõe o homem como fim e não como meio, porém não anula o cosmos subjetivo do "EU". EU, Homem, Vejo e Julgo! Porém, Vejo e Julgo através de um visão construída culturalmente. Se fosse possível a abstração total de todos os conceitos prévios no ato de julgar, o juiz não seria mais membro da raça que é convocada, a cada dia, pelo Ser. Talvez HEIDEGGER estivesse certo, o homem esqueceu o Ser.¹⁶²

A noção de neutralidade, jurídica ou não, não está presente nos pressupostos de nenhuma escola filosófica. Nada autoriza o acrescentar a esta disciplina o que, por si, não faz parte de sua infra-estrutura; independentemente da postura ética a que se venha a filiar. A indagação histórica, em se tratando de ética, é se há condições de justificá-la racionalmente ou se não passa de uma questão de "emoção". Logo, a neutralidade não pode ser uma exigência ética, visto que ela não faz eco com a essência da própria disciplina e, por isso, o juiz não está aquém de uma posição ética ao abdicar da Idéia de neutralidade. Por isso, há de se concordar com MENEZES quando afirma que :

"Neutralidade ética é deslavadíssima mentira confeccionada pelo mais frio maquiavelismo político. É tempo de condenar, **em todos os**

¹⁶⁰ NALINI, José Renato. *Ética e justiça*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p.41.

¹⁶¹ PERELMAN, Chain. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 299.

¹⁶² O filósofo da floresta negra legou uma vasta obra filosófica ao Ocidente. No centro desta obra, se é que a mesma possui periferia, encontra-se a questão do Ser. Em seu propósito firme de derrocar a metafísica, Heidegger afirma, em muitas de suas obras, que o homem se esqueceu do Ser dos entes ao confundir o ente com o Ser mesmo. Essa é, aliás, uma das explicações do motivo que levou a ciência a se entregar loucamente 'a técnica.

círculos da cultura mundial, a tese miserável que exclui da órbita científica os imperativos morais (grifo nosso).”¹⁶³

Este trabalho vem insistindo na afirmação de que toda ciência possui um embasamento filosófico, pois seus conceitos não podem ser justificados em si mesmos, antes precisam ter acesso a um metadiscurso. Assim, tratando-se a neutralidade como um conceito, e não como uma regra jurídica, a linha teórica que perfaz o presente texto intentou verificar a sua possibilidade diretamente na fonte em que a ciência se embriaga.

A solução para uma tomada de posição, em relação a tal assunto, seria uma revisão epistemológica nos conceitos diretamente envolvidos. Apesar do presente se manifestar prenhe de niilismo, não se pode desprezar o Direito como intermediário do diálogo social. Todavia, a resposta a ser concedida aos cépticos deve ser uma teoria do Direito que procure abarcar a totalidade do real, mas sem a imposição de conceitos que, em sua origem, servem apenas como forma de dominação e manutenção de poder. O Judiciário não pode se prestar a um engessamento conceitual.

A presente empreitada é fruto de uma abordagem fenomenológica do conceito de neutralidade. Como tal, procurou-se observar o objeto “em-si-mesmo” e por meio de diversos ângulos. O resultado final é a convicção de uma total impossibilidade da existência da chamada “neutralidade do juiz”.

¹⁶³ MENEZES, Djacir apud PORTANOVA, R. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. p. 63.

CAPÍTULO IV

O MODELO POSITIVISTA E LEGALISTA DE JUIZ: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO

A presente análise parte do Século XIX pois, segundo PERELMAN, anteriormente, não se havia cogitado em que os fatos de dizer o Direito e de administrar a Justiça não fossem sinônimos”.¹⁶⁴ Afasta-se, todavia, do Direito natural em busca das bases positivistas.

Qualquer abordagem séria sobre o positivismo jurídico não pode prescindir de referência ao pensamento de BOBBIO, que afirma:

“A expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva daquela de ‘positivismo’ em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com positivismo filosófico - tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução **Direito positivo** contraposta àquela de **Direito natural** (grifos do autor).”¹⁶⁵

Segundo esta perspectiva, não se aborda o positivismo originário de COMTE, que já foi, de certa forma, abordado no capítulo referente a neutralidade do juiz,¹⁶⁶ mas segue-se a direção apontada por PERELMAN e BOBBIO.

Ainda segundo o positivista italiano, neste paradigma o juiz assume o papel de intermediário, visto que

“Surgindo um conflito entre dois sujeitos, intervém um terceiro (juiz nomeado pelo Estado ou árbitro escolhido pelas partes) que estabelece uma regra (que provavelmente se tornará um ‘precedente’, isto é, será aplicada também em outros casos) segundo a qual a controvérsia será resolvida. Se, em uma dada sociedade, não há a intervenção deste

¹⁶⁴ PERELMAN, C. op. cit. p. 386.

¹⁶⁵ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Cone, 1999. p.15.

¹⁶⁶ A Idéia da Neutralidade do Juiz. Capítulo 3 (Três).

‘terceiro’, não se pode falar de Direito em senso estrito: dir-se-á que aquela sociedade vive segundo usos, costumes (mores) etc.”¹⁶⁷

Porém, pelo mesmo paradigma, como já foi visto, tal intermediário deveria ser neutro. Esse seria um dos primeiros motivos para a superação do positivismo jurídico. Todavia, se fosse possível convencer o positivista da impossibilidade da neutralidade, ele poderia vislumbrar uma reformulação no conceito de neutralidade sem, contudo, abdicar do legalismo. Por esse motivo deve-se investigar as bases positivistas, com o intuito de miná-las, e desvelar as cadeias sob as quais sucumbem os magistrados no exercício, ainda que democrático, de suas funções.

BOBBIO ainda diz que “...o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna fonte exclusiva [...] do Direito, e seu resultado último é representado pela codificação”.¹⁶⁸ Uma vez detectada a origem do positivismo jurídico, deve-se analisar seu desdobramento como legalismo, pois, como se vê, a descoberta da origem do positivismo jurídico revela a relação intrínseca entre ele e o legalismo. Que deverá ser agora abordado para que se visualize sobre que infra-estrutura se desenvolve o Direito do Estado Moderno.

Nascendo o positivismo do impulso pela legislação deve-se questionar se a superação do positivismo levaria a um enfraquecimento dela. Para que tal questão seja respondida faz-se necessária uma contextualização do modelo legalista, com o intuito de averiguar a necessidade do modelo positivista-legalista do juiz para a continuação do *status quo* da legislação em frente à sociedade.

Para se poder afirmar que muitos Juízes, ainda hoje, mantêm-se em uma posição positivista-legalista faz-se necessário localizar a raiz de tal formação. Esta raiz não pode ser outra que a formação acadêmica. Desenvolve-se a abordagem deste tema, contemplando uma descrição da imersão cultural do homem do Direito como reflexo de sua formação jurídica.

¹⁶⁷ BOBBIO, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p. 28.

¹⁶⁸ BOBBIO, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p. 119.

1. A Formação Jurídica dentro do Modelo Positivista

O Homem do Direito na sociedade moderna está diante de uma crise. À medida que a sociedade civil avança na construção de uma base democrática, e na conscientização dos reflexos que tal construção acarreta, exige que certos dogmas e paradigmas caiam, mesmo que para a edificação de outros - não é possível pensar uma sociedade sem paradigmas. A crise neste âmbito se constitui quando o mundo conceitual coletivo não suporta as novas questões que se apresentam.

Esse quadro se desenvolve hoje no Direito. O modelo válido tradicionalmente já não suporta as questões criadas pela abertura política, no espaço Nacional, e pela economia globalizada e virtual, no espaço internacional. Todavia, a formação jurídica mantém-se fiel ao paradigma positivista. O professor RODRIGUES aborda o ensino do Direito hoje. Dentre as suas valiosas contribuições há de se tomar emprestado as que marcam as dificuldades introduzidas pelo positivismo jurídico no ensino e na sociedade moderna. Desta base comum apresentam-se as seguintes:

“O ensino jurídico existente hoje no país, pelo que se depreende das análises e pesquisas existentes, caracteriza-se por seu tradicionalismo e conservadorismo. É ele, regra geral, um ensino dogmático, marcado pelo ensino codificado e formalizado, fruto do legalismo e do exegetismo;

Isso se deve, principalmente, segundo a grande maioria dos autores, à influência do **positivismo** no pensamento e na cultura jurídica brasileiros. Ele levou à adoção do método lógico-formal como o adequado para a apreensão da realidade, reduzindo a ciência do Direito à ciência do Direito positivo - a dogmática jurídica - e, conseqüentemente, o ensino do Direito, ao ensino deste;

Esse ensino conservador e tradicional desconhece as reais necessidades sociais, pois, segundo a maioria, **se restringe à análise da legalidade e da validade das normas, esquecendo** totalmente a questão **de sua eficácia e legitimidade**;

Esse tipo de postura levou, segundo alguns, a uma supervalorização da **prática**, através do judicialismo e do praxismo, esquecendo-se de que a atividade prática é o exercício prático de uma teoria. Enfatizou-se o saber-fazer em detrimento do porque-fazer de tal forma;

O tipo de aula preponderantemente adotada continua sendo a aula-conferência. Os currículos são, regra geral, pouco flexíveis e unidisciplinares - no sentido de que se voltam apenas para as disciplinas eminentemente jurídicas (dogmáticas) - e os programas, estanques;

Por fim, o que se pode dizer, segundo alguns autores, é que a crise do ensino jurídico não é meramente pedagógica. É antes de tudo um problema político. Os cursos de Direito, tais como funcionam hoje, são os centros reprodutores da ideologia do poder estabelecido. Dessa - forma, servem à manutenção do status quo, tanto em nível de Estado como de sociedade civil. (grifo nosso e do autor)" ¹⁶⁹

Essa profunda análise revela que a posição positivista do homem do Direito - seja ele juiz; promotor ou advogado - não é fruto de um pensamento crítico do indivíduo, antes é fruto de um indivíduo alienado pelo sistema. A estrutura educacional positivista se autoconserva através de uma política que parte da base escolar e chega aos bancos universitários.

Uma mudança da política educacional parece ser o primeiro passo para uma reformulação do modelo positivista-legalista do Direito, porém o que é óbvio nem sempre é o mais fácil. Não se pode esquecer, como afirma o prof. RODRIGUES, de que essa questão é política. ANDRADE afirma que:

"... podemos constatar que se em seus momentos fundacionais, no marco da Escola histórica, o paradigma dogmático não se encontra geneticamente vinculado ao conceito de Estado, mas à outra matriz política (como o 'povo') nem ao conceito estrito de Direito positivo estatal, mas à outra matriz jurídica (como o Direito Romano), ao longo de sua configuração é o conceito de Estado moderno e o correlato conceito de Direito positivo estatal que passam a ocupar o lugar, respectivamente, daquelas matrizes, condicionando sua formulação acabada.

E porque o Estado moderno se caracteriza politicamente por deter (ou pela pretensão de deter) o monopólio da violência física e, por extensão, o monopólio da criação e aplicação ('estatalização') do Direito, mediante processos decisórios ('positivação'), sendo o Direito Positivo estatal a forma oficialmente reconhecida de existência do Direito na criação e aplicação do Direito - que define a estrutura do moderno sistema jurídico - é condicionada pela diferenciação de competências entre Poder Legislativo e Judiciário (separação de poderes); porque o Poder Judiciário, tornado independente e

¹⁶⁹ RODRIGUES, H.W. *Ensino jurídico para que(m)?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p.17-18.

autônomo, isto é, neutralizado na tarefa de 'aplicação' do Direito torna-se a instituição de proteção de Direitos (interindividuais) e decisão de conflitos (interindividuais) centralizando a administração da justiça; porque a ênfase, enfim, sobre a certeza e a segurança jurídica passa a vincular-se à exigência de uma racionalidade geral e abstrata, decorrente de um Estado soberano; por estas características fundamentais o Estado moderno converte-se na matriz histórica de poder que condiciona a maturação do paradigma dogmático.”¹⁷⁰

Esses esclarecimentos revelam que não se pode esperar uma mudança do paradigma positivista na educação jurídica a partir da ideologia do poder político dominante. Tal mudança só será possível por meio da tomada de uma posição crítica e radical da magistratura, assumindo o seu papel político. O juiz não pode se limitar a ser um burocrata a serviço da administração central, pois, segundo WOLKMER “O Direito moderno não só se revela como produção de uma dada formação social, e econômica, como, principalmente, edifica-se na dinâmica da junção histórica entre a legalidade estatal e a centralização burocrática”.¹⁷¹ A necessidade de superação do modelo positivista-legalista deve passar por uma reforma da formação acadêmica, mas tal reforma só será eficiente se os representantes do Poder Judiciário criarem um novo paradigma; o que só será feito se os magistrados se colocarem na posição de agentes de transformação, que receberam seu poder do povo. Hoje existem grandes doutrinadores que exercem a função docente, mas cabe ao Judiciário, enquanto Poder autônomo, realizar uma transformação democrática no Direito. Não há que se aguardar que esta reforma comece nas academias, não há que se esperar que alunos cumpram uma função social que deveria ser assumida por aqueles que já estão diretamente envolvidos na questão. Os estudantes, muitas vezes na história realizaram transformações sociais significantes, mas o que fazem os ex-estudantes que assumem o poder? Acomodam-se. Mas isto não poderá ocorrer aqui, a menos que se desista de levar a nação a ocupar o seu lugar de destaque no plano internacional. A resposta à questão de como superar o modelo paradigmático vigente só pode

¹⁷⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: escopo de sua configuração de identidade*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1996. p. 87-88.

¹⁷¹ WOLKMER, A.C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1997. p. 42.

ser uma: é preciso reformar o ensino jurídico, mas tal reforma só ocorrerá se for assumida uma reforma prévia no olhar conceitual da magistratura. Não basta acrescentar a filosofia na grade curricular dos cursos de Direito, deve-se mostrar aos alunos que é possível uma práxis neste âmbito do real.

Uma vez defendida a reforma do ensino jurídico, há de se trabalhar os pontos que deverão ser reformados. A contribuição deste trabalho será a de abordar o legalismo, contudo, deve-se crer que, nesta mesma linha, outros hão de erguer as suas vozes e abordar os diversos nichos doutrinários que, necessariamente, deverão ser reformados.

2. A Legalidade, o Legalismo e a Legitimidade

Deve-se começar tal abordagem delimitando os conceitos de legalidade, legalismo e legitimidade. O legalismo torna-se o mais fácil de ser apreendido, pois pode-se considerá-lo como um juízo analítico, em sentido kantiano.¹⁷² Entende-se legalismo, no corpo deste trabalho, como “Respeito excessivo pela letra da lei e pelas formas e instituições legais, em detrimento de considerações morais e sociais mais latas”.¹⁷³ Todavia, não se deve conferir a mesma simplicidade de interpretação à legalidade e à legitimidade; até mesmo por que o significado dessas palavras está inserido num jogo de poder e dominação. Isto não fugiu à sagacidade observacional do professor WOLKMER, que assim afirma:

“Ora, enquanto os cientistas políticos discutem a legitimidade como representação de uma teoria dominante do poder e sua valoração no que se refere à autoridade, dominação, soberania e obediência, os juristas tendem tradicionalmente a identificar e apresentar como

¹⁷²Kant contrastava o juízo analítico com o juízo sintético. O primeiro seria aquele que contivesse em seu sujeito o conceito de seu próprio predicado, por exemplo, ao falar que o círculo é redondo pronuncia-se um juízo analítico, pois o conceito de círculo já traz em si a idéia de redondo; nunca ocorrerá de um círculo ser quadrado. Estes juízos não geram conhecimento. O segundo, porém, não é tautológico, logo, possui condições de gerar o conhecimento. O objetivo de Kant era o de abordar os juízos sintéticos a priori. Para os positivistas lógicos todos os juízos seriam analíticos, não existindo qualquer a priori.

¹⁷³BLACKBURN, S. op. cit. p. 220.

sinônimos as expressões legalidade e legitimidade, ou seja, ambos expressam genericamente uma conduta ou realidade compatível com a existência e a submissão a um corpo sistematizado de leis.”¹⁷⁴

Defende-se que a identificação da legalidade com a legitimidade no cerne do Direito não é em vão, e muito menos fruto de uma confusão. Afinal de contas, o Direito pode ser acusado de muitas coisas, menos de não ser estribado, no decorrer de sua história, em magistrais doutrinadores. O verdadeiro homem do Direito, em oposição ao pensamento do senso comum, não é aquele que busca pura e simplesmente a técnica jurídica para a solução mais imediata de problemas singulares. Antes, o verdadeiro homem do Direito é aquele que - não sendo erudito, mas intelectual - filtra os problemas sociais de sua época através do fino crivo do verdadeiro Direito, pois as ações daquele estão pautadas nas teorias deste. O homem do Direito é, como qualquer filósofo, sociólogo, cientista político ... , um homem de sua época, e de seu espaço. Aliás, o espaço, subentendido este cosmo geográfico, é de vital importância para o pensamento jurídico, pois pode-se buscar a teoria crítica da escola de Frankfurt como interlocutor privilegiado, contudo, deve-se fazer a devida contextualização para que tal teoria européia seja adaptada à realidade da América Latina.

Fechando-se estes parênteses, deve-se buscar conhecer o que é legalidade e legitimidade para, então, pode-se entender quais as consequências desta “confusão”, bem como as suas causas. A busca pela abordagem da legalidade e legitimidade não será em termos lexicográficos, mas sim pela sua práxis. Nesta escura senda, deve-se ainda caminhar de mãos dadas com WOLKMER, para quem

“O Estado moderno atribui a seus órgãos, legalmente constituídos, a decisão de legislar (Poder Legislativo) e de julgar (Poder Judiciário) através de leis gerais e abstratas, sistematizadas formalmente num corpo denominado Direito Positivo. A validade dessas normas se dá não pela eficácia e aceitação espontâneas da comunidade de indivíduos, mas por terem sido produzidas em conformidade com os

¹⁷⁴WOLKMER, A. C. *Ideologia, Estado e direito*. p. 83.

mecanismos processuais oficiais, revestidos de coação punitiva, provenientes do poder público.”¹⁷⁵

Vê-se dessa forma que há uma relação direta entre legalidade, como está por se definir neste trabalho, e Estado moderno. A legalidade tem a sua autoridade firmada no Estado e seu nascedouro no Poder Legislativo. ANDREAS afirma que a legalidade não é unívoca, mas é dual:

“Admite-se comumente, pelo menos no Ocidente, que o princípio da legalidade se compõe de duas partes complementares. Há, por um lado, aquilo a que se chama a regra de supremacia da lei (gesetzvorrang) que exige que as regras de Direito sejam respeitadas, não apenas pelos particulares, mas também pelas próprias autoridades, incluídas aquelas que as adaptarem. Vê-se bem que a regra da supremacia se refere à noção material de lei. Por outro lado, existe o princípio da reserva da lei (gesetzvorbehalt) que exige tradicionalmente, que os direitos e obrigações dos particulares, bem como as competências das autoridades, estejam previstas em lei.”¹⁷⁶

Ainda o mesmo autor,

“no momento em que o Estado se mete em tudo, o princípio da legalidade obriga-o a fazê-lo de certa forma, ou seja, precisamente, sob a forma de lei. Assim, esta tende a proteger sob as suas grandes asas o conjunto da actividade do Estado. O Estado contemporâneo organiza-se e age por e através da lei - é, pelo menos, o que pretende o princípio da legalidade.”¹⁷⁷

Pode-se crer, pela afirmação de ANDREAS, que a legalidade é o fundamento para que o Estado “se meta em tudo”. Isto leva a um círculo vicioso, pois a legalidade recebe a sua autoridade do Estado (WOLKMER), mas o Estado recebe da legalidade o seu Direito de intervenção (ANDREAS). É justamente aqui que se entrecruzam legalidade e legitimidade, pois “passa-se

¹⁷⁵ WOLKMER, A.C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. p. 42.

¹⁷⁶ ANDREAS, A. O princípio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Organizador: HESPANHA, A. M. B. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 127.

¹⁷⁷ ANDREAS, A. Idem, *ibidem*.

com a ideologia da legalidade o que se passa com todas as outras: a sua principal função é a legitimação” .¹⁷⁸

É interessante notar que as bases intervencionistas do Estado moderno se firmam naquilo que, em princípio, não possui sustentação alguma em si mesmo, visto que só adquire autoridade na força do Estado. Embora a lei estatal tenha caráter geral e abstrato (WOLKMER), nem por isso se torna tênue, pois a ideologia da legalidade finge conceder-lhe legitimação; o que só pode ser desvelado por um pensamento crítico. Sim, a lei possui este caráter de generalidade e abstração, porém,

“O princípio da legalidade canaliza e estrutura a lei. A lei bem pode ser vaga, imprecisa, fluida e indeterminada, pois o princípio da legalidade consegue a proeza de fazer aparecer como conformes a esta fluidez os mais diversos actos de aplicação individual e concreta. Garantindo uma ligação tanto normativa como lógica entre o abstracto e o concreto, entre o geral e o individual, a legalidade funda e reforça a idéia de uma coerência da ordem jurídica.”¹⁷⁹

Poder sintetizar a pura e simples legalidade com a legitimidade tem como consequência mais imediata um mascaramento da Justiça e um engessamento do Direito. Essa afirmação pode ser corroborada com as palavras de dois grandes juristas brasileiros, FARIA e LOPES, veja-se:

“... a cultura jurídica nacional tende a fundir legitimidade com legalidade, substituindo a questão da justiça pela da validade formal das leis e concebendo o jurista, especialmente aquele encarregado de aplicar normas gerais a casos concretos, como o guardião de um sistema jurídico tido como completo e sem contradições. Ao enfatizar a subsunção dos fatos à prescrição legal, valorizando somente problemas como os da eliminação das antinomias e integração das lacunas, essa cultura assume um caráter inequivocamente idealista-positivista. Ou seja: ela reduz o Direito a um simples conjunto de normas, o qual se limita a dar sentido jurídico aos fatos sociais mediante o estabelecimento de uma relação de imputação entre atos ilícitos e sanções - relação essa que dá origem a uma sucessão de

¹⁷⁸ Segundo ANDREAS, A ideologia não é a má concepção do mundo do outro, a idéia do meu adversário, mas um conjunto múltiplo, heterogêneo e contraditório, das convicções e representações que determinam muito concretamente o nosso comportamento. (ANDREAS, A. op. cit. p. 135).

¹⁷⁹ ANDREAS, A. Idem, ibidem.

deveres jurídicos, o elemento primário dos códigos e da própria constituição.”¹⁸⁰

Necessário se faz, neste momento, contrapor a legalidade com a legitimidade. Segundo GRAU

“Deveras, quando cogitamos da legalidade, geralmente indagamos se determinado comportamento verificado no mundo do ser é legal, ou seja, conforme ou não contrário à lei - isto é, se esse comportamento é dotado de legalidade. Quando indagamos se uma norma infralegal (uma norma de decreto ou portaria, por exemplo) é dotada de legalidade, a ponderamos em relação a uma entidade do mundo do dever-ser.

Já, ao cuidarmos da legitimidade do Direito, o que indagamos é se o Direito, um conjunto de normas jurídicas ou uma delas, elementos do mundo do dever-ser, são dotados de legitimidade.”¹⁸¹

Pode-se observar que a legitimidade transcende a simples legalidade. A legitimidade, e não a legalidade, deve ser a base do Direito. Não será necessário abordar a questão de possibilidade de existência de leis injustas para se colocar a legalidade circunscrita a seu devido lugar, bastará que se verifique que a legitimidade tem seu lugar no regaço do povo.¹⁸² O Direito reflete a sociedade. Se uma sociedade tem a ética como alvo contínuo, o Direito desta sociedade vai refletir tal anseio. É por isso que se torna importante a ressalva de que

“É fundamental a observação, [...], de que o Direito posto não legitima o interesse e as aspirações sociais; as aspirações sociais e o interesse social é que legitimam o Direito (= Direito posto). Isso importa lembrarmos Von Ihering (1884/424): ‘O Direito existe em função da sociedade; não a sociedade em função do Direito.’”¹⁸³

Haja vista não poder existir Direito, propriamente dito, numa horda (muito embora possa existir um código de honra - ou de costumes, como se

¹⁸⁰FARIA, J. E., LOPES, J. R. L. Pela democracia do judiciário. *Direito e Justiça: a Função Social do Judiciário*. Organizador: FARIA, J. E. São Paulo: Ática, 1997. p. 160.

¹⁸¹GRAU, E. R. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 57.

¹⁸²Entendendo-se povo não como massa informe e caótica, como ovelha sem pastor, mas como Eklesia, como assembléia.

¹⁸³GRAU, E. R. op. cit. p. 60.

queira - muito mais respeitado¹⁸⁴ do que o Direito moderno) pode-se afirmar que um grupo humano, ainda que possuindo um Estado e uma forma de governo, não se constitui como sociedade se suas leis não possuírem legitimidade. Observe-se que a essa afirmação não diz que não podem existir leis sem sociedade, mas sim que não pode existir Direito. Logo, o legalismo, que precisa só da legislação para manter-se em estado de existência, não precisará lutar pela constituição de uma sociedade - independente de ser ela justa ou não -, mas o Direito deve se preocupar com legitimação das leis, com o risco de, assim não agindo perder seu *status* de existente. Deve-se combater o legalismo, porque apresenta a legalidade como a verdade. Esta posição não corresponde à realidade, pois, como se sabe, para a legalidade

“Não importa o conteúdo das leis, se adequado à constituição; se assim for, qualquer conteúdo cabe nelas. E nem mesmo a matéria das leis é predeterminada: o Poder Legislativo pode atribuir a elas a matéria que bem entender, inclusive editando leis que não são leis em sentido material.”¹⁸⁵

Já a legitimidade se preocupa, primordialmente, com o conteúdo. Segundo AGUIAR “O problema da legitimidade é mais de se saber qual o conteúdo que vamos dar à forma e de onde este conteúdo deve advir para dar legitimidade a essa forma coativa”.¹⁸⁶ É apenas na perspectiva de legitimidade que se pode dar ouvidos a legalidade. Assim a legalidade é abordada em HABERMAS:

“A legalidade obtém sua validade a partir da suposição da legitimidade do ordenamento jurídico. Assim sendo, a fé na legalidade pressupõe um preliminar acordo racional sobre a legitimidade de uma ordem jurídica. Ou seja, é legal porque é legítimo. A legalidade funda-se em um assentimento racional dos sujeitos de Direito, livre e iguais, que,

¹⁸⁴Respeitado, mas não respeitável; pelo menos aos olhos Ocidentais. Deve-se esclarecer que a questão aqui é de cunho estritamente jurídico e não antropológico, motivo pelo qual não estão contidos nesta afirmação nenhum juízo de valor sobre as civilizações Orientais ou sobre os povos chamados de “primitivos”.

¹⁸⁵GRAU, E. R. op. cit. p. 129.

¹⁸⁶AGUIAR, R. A. R. op. cit. p. 65.

após fundarem uma ordem jurídica justa e eqüitativa, crêem na legalidade porque esta é derivada desse assentimento.”¹⁸⁷

O problema da aplicação da teoria habermasiana na América Latina é que, ao contrário do Europeu, o nível de acesso ao âmago comunicativo não é o mesmo para todos. A esta altura, antes de se entrar na questão geolocal, deve-se averiguar a origem do legalismo. BOBBIO afirma que, “Em síntese, o impulso para a legislação nasce da dupla exigência de pôr ordem no caos do Direito primitivo e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção na vida social”¹⁸⁸. A legislação tornou-se marca registrada do Direito positivo; este foi entendido pelo jurista italiano como o “Direito posto pelo soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como lei”.¹⁸⁹ GRAU averiguou que “Formalismo e positivismo são as marcas que caracterizam metodologicamente o pensamento jurídico moderno.”¹⁹⁰ Todavia,

“... a adesão ao positivismo jurídico significa a eliminação da ética, como pressuposto do Direito ou integrante dele. E a partir daí a assunção da condição de juiz, a ascensão na carreira judiciária, a indiferença perante as injustiças sociais, a acomodação no relacionamento com os poderosos de qualquer espécie, o gozo de privilégios, a busca de prestígio social através do aparato, a participação no jogo político-partidário mascarada de respeitável neutralidade, tudo isto fica livre de barreiras éticas e de responsabilidade social. É por esse caminho que os Tribunais de Justiça se reduzem a Tribunais de Legalidade e a magistratura perde a grandeza que lhe seria inerente se os juízes realmente dedicassem sua vida a promover a justiça.”¹⁹¹

É por esta consequência do positivismo que se procurou, antes de abordar a questão do Direito na América Latina, e, conseqüentemente, no Brasil, localizar as origens do legalismo. Uma vez que ele nasce do positivismo jurídico, o primeiro passo para um Direito que pressuponha um processo

¹⁸⁷ MOREIRA, L. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos e Fortlivros, 1999. p. 37-38.

¹⁸⁸ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p. 120.

¹⁸⁹ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p. 119.

¹⁹⁰ GRAU, E. R. *op. cit.* p. 25.

¹⁹¹ DALALRI, D. A. *O poder dos juízes*. p. 83.

comunicacional universal como base moral¹⁹² deve ser o de levar a uma derrocada do positivismo jurídico e, por efeito, do legalismo. O problema geolocal é que

“O modelo de atuação judicial mais difundido, a propósito, particularmente no nosso entorno cultural (América Latina), é o chamado positivismo-legalista, segundo o qual o juiz na sua função de julgar deve atender exclusivamente à lei e à sua consciência. Esta linha legalista-positivista segue a doutrina ‘Kelsiana’, que procura distinguir a atividade política do legislador da atividade técnica do juiz.”¹⁹³

Tendo em vista este panorama, torna-se óbvia a necessidade de uma contextualização da teoria habermasiana. Não se tem a pretensão de defender uma evolução de sociedades, mas é inegável que a América Latina, em comparação com a Europa, ocupa um lugar comum de “em-vias-de”. A América Latina ainda deve passar por etapas históricas que já foram concluídas pela Europa; aos que discordarem deve-se questionar se o proletariado europeu luta a favor das mesmas questões do proletariado latino.

No final de sua fala GOMES informa que a doutrina legalista-positivista procura distinguir a atividade política do legislador da atividade técnica do juiz. Sabe-se que os poderes, para manterem o princípio de independência dos poderes, não podem entrar em choque ou tomarem para si as funções próprias de seus pares, logo, realmente, desde que observado o princípio de freios e contrapesos, não caberia ao juiz legislar, visto ser esta função do Poder Legislativo e não do Poder Judiciário. Porém, o juiz não possui uma função apenas técnica, mas, como se tem insistido no decorrer deste trabalho, possui também uma função política; se assim não fora não poderia ser um hermeneuta privilegiado da lei. Afinal, sabe-se que

“... em teoria o poder de revisão constitucional é atribuído em última instância ao povo; mas, na prática, é tarefa dos Juízes tomar algumas

¹⁹²Habermas coloca a ética no campo do individual, como uma questão clínica do bem viver, e a moral no campo coletivo, logo, na linguagem habermasiana, o Direito deve se encontrar em uma relação com a moral e não com a ética. Esta pode ser âmbito de reflexão para o homem do Direito, mas não para a ciência do Direito.

¹⁹³GOMES, L. F. *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito*. p. 132.

das decisões fundamentais em temas de interpretação e aplicação de todos os textos nos quais são definidos aqueles direitos.”¹⁹⁴

Sendo assim, o juiz, por meio do processo de interpretação da lei e construção de jurisprudência, acaba sendo, de certa forma, também um legislador. Motivo pelo qual não pode estar alheio às questões de Estado; e hoje a questão social é uma questão de Estado. LOPES afirma que

“O que se coloca como problema básico do Judiciário hoje já não é apenas o julgar conforme a lei. Estamos diante de um quadro complexo. As demandas sociais são explosivas na situação brasileira e o que está em cheque não é apenas o Judiciário, mas é todo o Estado, toda a composição política da sociedade brasileira. E está em cheque não o Estado intervencionista ou o Estado máximo, como se um Estado liberal ou mínimo pudesse adequadamente substituí-lo. Está em cheque o Estado enquanto ordenador das condições de vida política, ou seja, enquanto garantidor das condições de sociabilidade.”¹⁹⁵

Pode-se interpretar que o que está sendo questionado não é apenas o julgar conforme a lei, pois diante de períodos de convulsões sociais é a própria legitimidade que é questionada. CADEMARTORI é incisivo ao afirmar que

“Tanto nas chamadas ‘democracias avançadas’ como nas de recente retomada, caso do Brasil, manifesta-se um grau apreciável de ilegalidade dos poderes público, o que acarreta uma substancial perda de legitimidade.”¹⁹⁶

Além de que “... legitimidade e legalidade perdem a sua identificação no momento em que se admite que um ordenamento pode ser legal, mas injusto.”¹⁹⁷

A busca por um processo legítimo de democratização no Poder Judiciário é uma busca por uma visão de cidadão livre e independente. Essa visão de mundo tem, necessariamente, que passar por um processo de

¹⁹⁴CADEMARTORI, S. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 153.

¹⁹⁵LOPES, J.R.L. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. *Direitos humanos, Direitos sociais e Justiça*. Organizador: FARIA, J. E. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 85.

¹⁹⁶CADEMARTORI, S. op. cit. p.175.

desburocratização e por um desvio dos preciosismos lingüísticos da dogmática jurídica. Isso não implica em assumir uma linguagem simplista e vulgar, mas sim em dismantelar uma hierarquia sem sentido, que cria uma cisão entre o povo e o Poder que ele mesmo sustenta. Sobre esse tema de relevância significativa, FARIA oferece uma significativa contribuição ao revelar que

“Graças à lógica normativo-constitucional e a esse formalismo processual, propiciando uma ideologia específica (o legalismo) cuja reprodução é assegurada por uma complexa tecnologia lingüística e conceitual (a dogmática jurídica), o exercício da função judicial configura assim um intrincado aparelho burocrático no qual somente para efeitos analíticos é possível diferenciar-se o aparelho institucional (a dimensão funcional) e o aparelho ideológico (a dimensão lógico-sistemática). Graças a essa lógica e a esse formalismo, em outras palavras, o Judiciário organiza sob a forma de uma estrita hierarquia não apenas as instâncias judiciais, os seus poderes, as suas sentenças e as interpretações em que elas se fundamentam, mas, também, as próprias normas e fontes que conferem autoridade a todas suas decisões.”¹⁹⁸

Como se vê, não se pode falar em neutralidade do juiz, mas pode-se falar que o objeto de alguns magistrados, na estrutura em que o Poder Judiciário hoje se encontra, não é o ser humano, antes é a própria lei em si. O cidadão, nesta estrutura, não é a causa do sistema, mas é um ser contingente. Alguns juízes podem realmente ser tão indiferentes em frente ao ente humano que diante deles se encontra a ponto de poder se afirmar que eles são “neutros” ao lidar com tal figura, mas esta “neutralidade” não se manifesta quando estes mesmos juízes estão diante das frias páginas de um processo. Nesse momento a ideologia permeia suas veias e irrigam o seu cérebro judicante. O cidadão diante deste legalismo é apenas um brinquedo. Diante desta estrutura ainda há de se recorrer a FARIA e LOPES, que afirmam:

“Expressas em normas abstratas e impessoais, as relações jurídicas estabelecidas pelo sistema legal definem tanto os parâmetros de coercibilidade quanto o controle racional dos cidadãos livres - isto é,

¹⁹⁷ CADEMARTORI, S. op. cit. p. 99.

¹⁹⁸ FARIA, J. E. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 26.

dos indivíduos autônomos e integrantes da comunidade política. Como a responsabilidade pela edição dessas normas cabe ao legislativo, pedra angular do processo de legitimação do modelo liberal-individualista de Direito e de Estado, restam ao Executivo e ao Judiciário o dever de executá-las e aplicá-las de modo objetivo. Face à segurança propiciada pelo 'governo das leis', em cujo âmbito o juiz atua como conservador e transmissor das regras do sistema legal, a administração 'racional' e os Tribunais 'independentes' se desenvolvem no quadro de previsibilidade.”¹⁹⁹

Nesta mesma linha ainda é interessante a abordagem de CAPELLA:

“Os cidadãos não decidem já as políticas que presidem sua vida. O valor ou perda de valor de suas economias, as condições em que serão tratados como anciões ou as que reunirá seu leito de morte, seus salários, o alcance de suas pensões de aposentadoria, a viabilidade das empresas em que trabalham, a qualidade dos serviços da cidade que habitam, o funcionamento do correio, as comunicações e os transportes estatais, o ensino que recebem seus filhos, os impostos que suportam e seu destino ... Tudo isso é produto de decisões, nas quais não contam, sobre as que não pesam, adotadas por poderes inexecutáveis e com frequência ilocalizáveis. Que golpeiam com a inevitabilidade de uma força da natureza.”²⁰⁰

O legalista pode defender-se - aliás, não se pode duvidar que qualquer conhecedor da arte da retórica pode realizar a apologia de qualquer escola ou corrente teórica. A defesa passaria pela alegação de que a legislação é realizada pelos representantes eleitos pelo povo; logo, a lei é a decisão da maioria; o que levaria a uma legitimação. Contudo, há de se defender a posição de que nem sempre a maioria representa a vontade democrática popular; principalmente numa época em que o processo de comunicação que é acessível a massa populacional reifica-se na infra-estrutura do *marketing*. Corroborando esta posição evoca-se o pensamento de CADEMARTORI, que afirma: “Em suma, enquanto o princípio da maioria nos declara quem decide, o princípio da democracia substancial nos diz o que se deve e o que não se deve decidir”.²⁰¹ Vê-se, desta forma, que legal não é o que está legislado, antes é o que é legislado em nome dos fins sociais. A moral kantiana respondia à

¹⁹⁹FARIA, J. E., LOPES, J. R. L. op. cit. p. 160.

²⁰⁰CAPELLA, J. R. *Os cidadãos servos*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 132.

questão: “o que posso fazer?”, não com o que está em acesso do indivíduo realizar e sim com o que se deve fazer²⁰². É nesse espírito que KANT elabora a sua teoria do Direito. HABERMAS faz a seguinte leitura de uma das facetas do Direito kantiano:

“O Direito em Kant, interpreta Habermas, apresenta-se como uma relação interna entre coerção e liberdade. Precisamente isso é o que caracteriza a tensão entre facticidade e validade que se estabiliza na juridicidade. O Direito é entendido como aquela categoria que apela para a coerção, que é um monopólio estatal, toda vez que alguém, pelo uso abusivo de sua liberdade, causar empecilhos à liberdade de outrem. Segundo Habermas, da relação interna entre coerção e liberdade surge uma pretensão à validade do ordenamento jurídico e, nesse sentido, o Direito é aquela instituição que, sob os auspícios da coerção, garante a liberdade, que é entendida como a soma das liberdades individuais.”²⁰³

O motivo que impõe o diálogo com KANT é justamente o propósito de afirmar que a legislação, bem como o julgamento e a execução das leis, exige o crivo de uma concepção moral. Sem esta moral, que eleva a política legalista à posição democrática, não se acessa aos fins sociais e, conseqüentemente, à democracia. A democracia legitima a coerção social, pois o indivíduo aí se identifica com a própria legislação, neste processo a lei não é o “outro” que lhe é estranho, antes é a lei que o próprio indivíduo se dá enquanto ser racional. Segundo VÁSQUEZ: “O Direito e a moral respondem a uma mesma necessidade social: regulamentar as relações dos homens visando a garantir certa coesão social”²⁰⁴. Só assim a legalidade sai do âmbito do legalismo para ser acessada pela legitimidade. Ainda segundo HABERMAS,

“A validade do Direito positivo é determinada pela sua adequação a procedimentos juridicamente válidos e que, por isso, são reconhecidos como Direito, e suas normas passam a ter um caráter vinculante. Ora, para Habermas, a validade do Direito nos remete a um duplo aspecto:

²⁰¹ CADEMARTORI, S. op. cit. p.177.

²⁰² Por exemplo, o indivíduo está se preparando para ir ao campo de futebol, porém ocorre um desastre de avião e dezenas de pessoas morrem. O indivíduo ainda pode ir ao jogo, porém é livre moralmente para não fazê-lo, em respeito às vítimas. O poder fazer sucumbiu diante do dever fazer.

²⁰³ MOREIRA, L. op. cit. p.136.

²⁰⁴ VÁSQUEZ, Adolfo Sanchez. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. p. 97.

o primeiro é o aspecto da validade social ou fática e o segundo é o aspecto compreendido por sua legitimidade. A validade fática das normas jurídicas mede-se pela referência à sua eficácia, isto é, pela adesão fática às suas prescrições. Com as garantias que o Direito possui, através da possibilidade de sanção fornecida pelo aparato policial, obtido com o monopólio da força pelo Estado, cria-se, para falarmos com Habermas, uma facticidade artificial que é sustentada pela juridicidade através da faculdade jurisdicional. Essa facticidade artificial vem substituir as formas arcaicas de sociabilidade que eram oriundas da força dos costumes. Agora é a força aglutinante, advinda do aparato judicial, que garante o cimento da coesão social. Por outro lado, o caráter de legitimidade das normas jurídicas se mede através da racionalidade do processo legislativo ou ainda porque a medida de sua justificação dá-se em um patamar de cunho ético ou moral. A legitimidade, isto é, a validade jurídica, depreende-se da 'resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa'. Nesse sentido, a legitimidade de uma norma jurídica independe de sua eficácia, ou seja, a validade do ordenamento jurídico não se prende a um consenso factual arraigado através da força dos costumes e dos hábitos seculares. Ao contrário, no entendimento habermasiano, é a suposição de legitimidade do ordenamento jurídico que garante tanto a validade social quanto a obediência fática aos seus preceitos. Isso porque o ordenamento jurídico carrega uma marca de fundamentação racional oriunda da resgatabilidade racional de suas pretensões de validade.”²⁰⁵

No esquema conceitual habermasiano, a sociedade pode ser compreendida na distinção entre “mundo da vida” e “sistema”. Este último engloba a economia e o aparelho burocrático estatais; e o primeiro, por sua vez, é o local privilegiado da ciência; da moral / Direito e da arte. Porém, o intermediário entre o “mundo da vida” e o “sistema” é o Direito. A explanação deste esquema conceitual é importante para que se possa visualizar de onde HABERMAS²⁰⁶ está falando. É no “mundo da vida” que está inserido o agir comunicativo, visto que no “sistema” o agir diz respeito a fins; logo, o Direito pode e deve ser universalizado.

Já foi visto que tal esquema conceitual tem suas dificuldades práticas de aplicação na América Latina, contudo, pretendeu-se mostrar que a busca pela legitimação é não somente possível como, também, não é o alvo singular de um povo explorado. A Europa também busca a legitimação de suas leis,

²⁰⁵ MOREIRA, L. op. cit. p. 138-139.

²⁰⁶ MOREIRA, L. op. cit. p. 142.

isso não é o discurso isolado de intelectuais desocupados de esquerda. Urge a necessidade de superação do modelo positivista e legalista do juiz. A América Latina sempre teve seus olhos voltados para a mãe Europa, berço da modernidade. Que neste momento, identificando-se a busca pela legitimação também como um anseio Europeu, os “tradicionais redutos tradicionalistas” brasileiros possam ver que é moderno e possível dar ouvidos aos seus próprios patriotas quando clamam por reformas democráticas na infra-estrutura do Poder.

Neste instante pode-se responder à pergunta feita na introdução deste trabalho: nascendo o positivismo do impulso pela legislação, a superação do positivismo levaria a um enfraquecimento dela? Nesta linha GRAU afirma que,

“Ainda que a legalidade, na dinâmica do Estado de Direito, preencha, enquanto noção formal, todos os espaços no âmbito dos quais estaria em pauta o debate a respeito da legitimidade do Direito (noção material) - problema que, nestas condições é ignorado ou equivocadamente atrelado à questão do Direito natural, ou meramente considerado desde perspectiva formal -, embora o Direito cumpra também, no modo de produção capitalista, a função de legitimação da classe dominante, ainda assim é marcante, sobretudo nessas sociedades, a importância do domínio da lei.

A imposição de restrições efetivas ao poder, que o princípio da legalidade enseja, permitindo ao indivíduo defender-se do arbítrio do Estado - embora essa mesma legalidade, meramente formal, preste-se a circuncidar a propriedade por um cinturão de ferro, preservando-a da ação dos não-proprietários -, é um bem humano incondicional (a expressão é de E. P. Thompson 1987/357). Embora o Direito opere a mediação das relações de classe, tal qual são travadas no bojo de cada sociedade, é certo e fora de dúvida que prospera no sentido de prover os destituídos de poderes de defesas que inexisteriam em um quadro no qual o poder fosse exercitado sem as peias da lei.”²⁰⁷

É ponto de consenso a afirmação de que a lei é essencial, o próprio Estado Democrático de Direito a pressupõe. O que se questiona é apenas o legalismo, e o que se prega é uma lei legítima.

“E se a sociedade deseja que o Judiciário, em nome do Poder Jurídico, cumpra seu imprescindível e civilizado papel de árbitro imparcial, cabe-

²⁰⁷ GRAU, E. R. op. cit. p. 123.

lhe tomar consciência dessa realidade e desde logo descobrir o verdadeiro valor da Constituição e dos textos internacionais e rechaçar todo positivismo-legalista escravizador. Com isso os juízes, que têm a tarefa de fazer justiça nos casos concretos que lhe são apresentados, com base no ordenamento jurídico, já não serão simples 'aplicadores da lei', pois sempre terão o cuidado de examinar antes sua adequação ao conteúdo dos textos constitucionais e internacionais." ²⁰⁸

Os legalistas não têm ouvidos para atentarem ao clamor do povo. Porém, cabe aos Juízes, que se encontram mais próximos deste clamor, em razão de seu fazer judicativo do dia-a-dia, o realizar da função pública em que foram investidos. E em última resposta aos que insistem que esta não é a função do juiz há de se responder que:

"Mas, se não pode o juiz ignorar ou descurar os preceitos do ordenamento jurídico ao dirimir os litígios que lhe são submetidos, pode ocorrer que, valorizando os dados peculiares a cada um destes, conclua, por vezes, que a regra de Direito positivo que lhe seria aplicável por mera subsunção, ocasionaria efeitos indesejáveis ou inaceitáveis. Nestas situações, por obediência ao Direito, deve afastar essa regra ou descobrir-lhe novo sentido, buscando dar ao caso tratamento consentâneo com as exigências da Justiça. Não são estas as exigências da justiça abstrata. Nem se trata de teorizar sobre a justiça, que raramente tem o juiz o tempo para tanto necessário, ocupado que deve estar em dirimir as contendas sem aqodamento, mas com a maior brevidade possível. Trata-se das exigências da justiça perceptíveis na sociedade e compatíveis com a dignidade humana, de tal sorte que ignorá-las, para dar prevalência a lei ou leis em descompasso com o processo histórico cultural - seja qual for o motivo que tenha presidido sua elaboração - importa em negação da justiça e conseqüente frustração das expectativas sociais. Dar prioridade às normas de Direito positivo, nestas condições, leva a impedir a evolução normal do Direito e a superação das contradições sociais pela via pacífica e criativa da jurisprudência, realimentando os conflitos e conduzindo as pessoas ao ceticismo face ao trabalho de Juízes e Tribunais." ²⁰⁹

Pode-se afirmar que o ceticismo, a indiferença e a falta de uma visão panorâmica do processo social são, dentro de um processo democrático,

²⁰⁸ GOMES, L. F. *A Dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito*. p. 137.

²⁰⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 127-128.

piores do que a falta de liberdade num período ditatorial. Isso já é motivo suficiente para que se assuma uma posição de batalha ferrenha em frente ao comodismo hierárquico generalizado.

CAPÍTULO V

O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Num Estado Democrático de Direito o cidadão possui direitos e garantias que devem ser assegurados pelo próprio Estado e, conseqüentemente, pelo Judiciário. Assim, para que não ocorram descumprimentos de normas jurídicas, se faz necessário um equilíbrio de forças entre o Direito do Estado e o Direito do indivíduo. Este equilíbrio não pode ser atingido se o elo regulamentador, ou seja, a lei, for fruto de uma abstração universalizante, mas se torna mais palpável quando o universal se particulariza diante do magistrado. As arestas que não podem ser podadas na criação universal da lei são retiradas de cena diante do juiz togado. Mas até onde pode, ou deve, o Poder Judiciário, e o juiz, ser criador do Direito? Esta questão, de difícil resolução, afeta diretamente a democracia e o acesso à Justiça; motivo que a leva a ser parte integrante dos grandes debates jurídicos.

1. O Juiz e a Criação do Direito

Se fosse necessário definir no tempo quando começa, no Brasil, a preocupação por uma posição assumidamente política do juiz como criador do Direito, dever-se-ia dizer que ela ocorre no período imediatamente posterior à abertura política, ou seja, na década de oitenta²¹⁰. Por se tratar de um período contemporâneo, deve-se questionar se tal movimento tem como berço a

²¹⁰Bistra Stefanova APOSTOLOVA, em sua obra intitulada: "Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo" (Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1998), informa que "... a atuação jurisdicional da grande maioria dos magistrados brasileiros se insere dentro dos paradigmas da modernidade em processo de superação desde a segunda metade do século XIX, sendo que o único sinal de uma praxis judicial adequada à demanda pós-moderna por Direito surgiu com a abertura democrática nos anos oitenta e se acentuou nos anos noventa ..." (20 p.). Não se tomará, no corpo deste trabalho, a defesa de um paradigma pós-moderno como referencial necessário para o manifestar do poder criador do juiz, porém analisa-se se tal paradigma realmente seria necessário ou se é a base para um tal levante democrático na magistratura.

corrente filosófica pós-moderna. Essa indagação se justifica na medida em que se observa que o veio teórico do presente trabalho se embasou no pensamento filosófico moderno²¹¹. Mas, se o movimento aqui abordado é pós-moderno, deve-se, também, questionar se tal veio filosófico dará conta de abordá-lo e compreendê-lo em sua magnitude.

O posicionamento adotado em favor do manifestar de tal poder na função judicativa já é o desvelar do fenômeno de amadurecimento da magistratura. GOMES ensina que a Carta Magna do Brasil de 1824 seguia a posição adotada pela Revolução Francesa que, sob a inspiração de MONTESQUIEU, proibiu aos juízes qualquer possibilidade de interpretação das leis (o juiz deve pronunciar as palavras da lei; é *la bouche de la loi*)²¹². Sabe-se que

“Ao sistema fechado do Direito positivo, em que se cristalizaram a visão do mundo e as prerrogativas de uma classe social interessada em manter sua vitória, haveria de corresponder o sistema hermenêutico cerrado em que nada ficava ao arbítrio do juiz, não lhe restando, por conseguindo, nada a criar. Evidente que o corolário desta posição doutrinária haveria de ser a afirmativa da inexistência de lacunas (sem o que o sistema não seria fechado), e, portanto, imune a qualquer ataque vindo do exterior, através de algum magistrado ou professor não ‘resignado’ com as vantagens’ advindas dos ‘textos autênticos’. Não menos evidente é que qualquer ‘inovação’, que não se coadunasse com a vontade do ‘legislador’, deveria ser expungida com uma moderação à que não fosse estranha a necessária firmeza.”²¹³

Portanto, ao impor a derrocada da mentalidade supracitada, nota-se um contínuo evoluir de mentalidade, presente nas estruturas internas do

²¹¹ Assumi-se a filosofia como uma forma de pensamento e não como ciência. Tal distinção se faz necessária pelo motivo de que toda ciência possui um objeto, porém o pensamento filosófico pode abordar qualquer objeto - inclusive pode abordar a própria ciência como objeto. Desta forma, há de se ver a filosofia como campo privilegiado do saber. O pensamento filosófico deve ser radical, no sentido de ir a raiz das questões, rigoroso, no sentido de não permitir que o pensamento se torne tão panorâmico a ponto de se perder do seu foco central, e universal, no sentido de “tentar” apreender toda a realidade circundada a sua questão investigativa. Na perspectiva do pensamento filosófico moderno se dialogou com correntes e pensadores os mais diversos, isto é, com a tradição filosófica; motivo que nos levou a não priorizar um pensador em detrimento a outro, visto que nesta empreitada coube acompanhá-los todo aquele que deu certa amplidão a questão do saber.

²¹² GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito*. p. 22.

²¹³ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. p.108.

próprio Poder, em favor de um Judiciário verdadeiramente revestido de sua função democrática, pois

“Revela-se, o poder criador do juiz, também no reconhecimento das lacunas no Direito e em seu preenchimento, para o que se inspira em considerações fundadas em avaliações ideológicas que estabelecem orientações gerais.

Identificando e colmatando as lacunas, o juiz completa a obra do legislador. A construção judicial é, nesta ordem de idéias, um complemento necessário da construção legislativa. O juiz dá continuidade à construção legislativa, cujos preceitos, relativamente aos fins a que se destinam, revelam-se incompletos.”²¹⁴

Importa, porém, abordar como e por qual motivo o juiz manifesta o poder criador do Direito, bem como tentar identificar qual é a fonte criadora deste Direito no âmbito da judicatura. Para isto será necessário abordar, previamente, o contexto histórico-filosófico em que se manifesta tal questão, além de questionar se é possível o conviver pacífico deste poder, inserido em um Estado democrático de Direito, com a função legislativa.

1.1. A Modernidade *versus* a Pós-Modernidade

Hoje, parece fácil ver que a modernidade²¹⁵ é um projeto Europeu, baseado na filosofia cartesiana do sujeito, e que, apesar da razão iluminista já ter seu lugar em KANT, começa a ser identificada e sistematizada em HEGEL²¹⁶. Fora do âmbito teórico, tal projeto teve seus efeitos no campo da extração extremada de uma natureza dessacralizada e da exploração do homem pelo homem como maneira de exacerbar a obtenção da mais valia. Nos tempos modernos o iluminismo, anunciando a boa nova da razão, expurga

²¹⁴ AKEL, Hamilton Elliot. *O poder judicial e a criação da norma individual*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 125.

²¹⁵ Entender-se-á a modernidade como época e não como modernismo, ou seja, vinculada ao movimento literário e artístico surgido a partir do fim do século XIX. Também a pós-modernidade não há de ser confundida com o pós-modernismo.

²¹⁶ Esta posição foi defendida por HABERMAS em sua obra: “O discurso filosófico da modernidade”. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 86.

a visão teocêntrica de mundo, que já havia sido abalada desde o Renascentismo, quando o antropocentrismo assume seu lugar.

A razão moderna buscava apreender o real em um sistema. Porém, para os pós-modernos, nesta procura o homem, tão valorizado na Renascença, começa a perder o seu lugar, em nome dos conceitos absolutos. Os críticos da razão, como NIETZSCHE e HEIDEGGER, já contemplam este “desvio” filosófico em PLATÃO, pois este buscava os princípios universais em seu metafísico “mundo das idéias”. Porém, não é tão fácil definir o que vem a ser pós-moderno.

Na atualidade, APOSTOLOVA informa que:

“Tornou-se um lugar comum no pensamento filosófico a afirmação de que a ‘pós-modernidade’ constitui o ambiente social das sociedades pós-industriais tais como Estados Unidos, Japão, e alguns centros europeus. No entanto, no que se refere ao nascimento deste novo estágio no desenvolvimento da cultura Ocidental, existem enormes dificuldades para relacioná-lo com uma data fixa. Jair Santos observa que ‘pós-moderno’ é um nome atribuído às profundas mudanças nos países capitalistas avançados desde a época dos anos 50 que afetam a esfera científica, cultural, filosófica e social, em outras palavras, a totalidade da vida do homem em sociedade.”²¹⁷

É difícil aceitar uma vinculação direta entre sociedade pós-moderna e sociedade pós-industrial, como se fossem estruturas autônomas e independentes. Talvez fosse mais fácil aceitar que a sociedade pós-industrial é uma forma de manifestação da sociedade pós-moderna. Para demonstrar esta dificuldade DE MASI afirma que:

“Os rótulos atribuídos à sociedade atual, aos estágios evolutivos da transição e às sociedades auspiciadas são mais de trezentos e vão desde ‘sociedade em impasse’ (M. CROZIER) e ‘sociedade despreparada’ (D. MICHAEL), a ‘idade do equilíbrio’ (L. MUMFORD), a ‘consciência III’ (C. REICH), a ‘século casual’ (M. HARRINGTON), a ‘estado de entropia’ (H. HENDERSON), a ‘sociedade narcisista’ (Ch. LASCH), a ‘sociedade programada’ (A. TOURAINE e Z. HEGEDUS), a ‘sociedade pós-moderna’ (J. F. LYOTARD), a ‘cultura pré-figurativa’ (M. MEAD), a ‘sociedade pós-civil’ (K. BOULDING). E temos ainda a

²¹⁷ APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 25.

'sociedade pós-capitalista' de R. DAHRENDORF, a 'sociedade do capitalismo maduro' de C. OFFE, a 'sociedade do capitalismo avançado' de K. GALBRAITH, a 'sociedade sadia' de E. FROMM, a 'sociedade ativa' de A. ETZIONI, a 'sociedade pós-materialista' de R. INGLEHART, a 'sociedade tecnocrática' de Z. BRZEZINSKI, a 'terceira onda' de TOFFLER, a 'sociedade dos serviços' de J. GERSHUNY e W. R. ROSENGREN, a 'era da descontinuidade' de DRUCKER.

A própria quantidade e a disparidade das denominações fornecem motivos suficientes para não aceitarmos nenhuma delas. No plano das reflexões não existe a certeza cientificamente necessária quanto ao elemento que caracterizará o sistema social que vai se esboçando; tampouco sabemos se existirá este fator hegemônico, assim como existiram - em épocas passadas - a caça, o pastoreio, a agricultura, o mercado, a indústria. **Aliás, é provável que um dos novos traços distintivos do novo sistema social seja exatamente o fato de ser policêntrico**, e de se basear em uma estrutura reticulada de processos e de elementos, nenhum dos quais, em si, poderia determinar a dinâmica do todo (grifos nossos).²¹⁸

DE MASI utiliza o termo pós-industrial como similar ao termo pós-moderno. Mas, como ele mesmo afirma, ainda é difícil definir o que vem a ser esta sociedade. Contudo, não se pode falar neste tipo de sociedade, independente de como se irá denominá-la, sem se falar em LYOTARD, que, em 1979, publica o livro intitulado *La condition postmoderne*. Tal obra foi produzida por encomenda do governo canadense e aborda a questão do conhecimento. Nesta obra afirma-se que o termo pós-moderno "designa o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras dos jogos da ciência, da literatura e das artes a partir do final do Século XIX"²¹⁹. Tal autor²²⁰ afirma que a maior parte dos relatos científicos são fábulas, mas estas fábulas são legitimadas pelo discurso filosófico; logo, a filosofia é um metadiscurso; e acrescenta:

"Quando este metadiscurso recorre explicitamente a algum grande relato, como a dialética do espírito, a hermenêutica do sentido, a emancipação do sujeito racional ou trabalhador, o desenvolvimento da

²¹⁸ DE MASI, Domenico. *A sociedade pós-industrial*. 2 ed. São Paulo: SENAC, 1999. p. 31.

²¹⁹ LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1991. p. XV.

²²⁰ Por respeito, chamar-se LYOTARD de autor ou de qualquer outro termo, exceto de filósofo, pois isto seria dirigir-lhe uma ofensa; visto a posição que ele confere a filosofia em sua obra.

riqueza, decide-se chamar 'moderna' a ciência que a isto se refere para se legitimar." ²²¹

Portanto, aceitar que o movimento em favor do poder criador do juiz é pós-moderno tem como consequência afirmar que tal propósito assume as críticas feitas à razão e à filosofia. Assume-se a posição de que algumas agitações internas ao âmbito jurídico tem como base o veio teórico pós-moderno, porém isso não ocorre com a exigência social por uma participação ativa do juiz criador. Tal afirmação se justifica pelo fato de que a posição do magistrado ao criar não é contrária à razão, antes é corroborada por esta. Deve-se concordar que a razão instrumental moderna gerou muitas misérias, inclusive as duas grandes guerras do século passado - deve-se crer, ainda, que essas não foram o ápice, pelo que se nota, pelo período de convulsões sociais que o mundo está vivendo, não é necessário ser profeta para vaticinar que coisas piores virão. Porém não se pode dizer que a mesma razão está impedida de gerar o que os povos possuem como expectativas. Da mesma forma se fosse correto assumir uma posição de deprestígio da filosofia o presente trabalho perderia, em essência, o seu valor. ²²²

Assumindo-se a razão, pode-se crer que é não somente possível abordar e compreender o que se propõem a realizar os magistrados que defendem sua função política, como também tornar este propósito compreensível a um economista, a um sociólogo, bem como a um leigo. Credo que isso não seria possível se tal movimento possuísse suas bases no pós-modernismo, visto que defende a autonomia e o isolamento dos nichos comunicacionais.

²²¹LYOTARD, J. F. op. cit. p. 15.

²²²Se neste texto fosse utilizado a obra de um autor pós-moderno que critica o pós-modernismo deveria-se afirmar que este raciocínio seria circular, o que é desprestigiado pela lógica, visto que o instrumento que é criticado é utilizado para criticar. Assim sendo, se aqui se assumisse que a filosofia é um metadiscurso sem valor o presente texto não teria valor algum, já que esta embasado na filosofia. É lógico que o pós-moderno poderia afirmar que a crítica da lógica não o atingiria, pois ele a critica e condena, porém se o mesmo não a utilizasse em seu discurso não poderia ser compreendido por ninguém. Ainda que a lógica formal, ou a matemática, não

1.2. Sobre as Condições de Possibilidades do Poder Criador do Juiz em uma Sociedade Democrática

Segundo CAPPELLETTI,

“... a única diferença possível entre jurisdição e legislação não é, portanto, de natureza, mas sobretudo de frequência ou quantidade, ou seja, de grau, consistindo na maior quantidade e no caráter usualmente mais detalhado e específico das leis ordinárias e dos precedentes judiciais ordinários, em relação às normas constitucionais - usualmente contidas em textos sucintos e formuladas em termos mais vagos - como da mesma forma relativamente às decisões da justiça constitucional. Daí decorre que o legislador se depara com limites substanciais usualmente menos frequentes e menos precisos que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz: do ponto de vista substancial, ora em exame a criatividade do legislador pode ser, em suma, quantitativamente mas não qualitativamente diversa da do juiz. E não está dito que a legislação cesse de ser tal simplesmente porque deve se conformar, a sua vez, com vínculos bastante precisos, constitucionais ou de justiça constitucional, não menos claros e detalhados, por sua vez, dos que de modo mais frequente se impõem aos Juízes, não apenas para delimitar negativamente, mas também, em larga medida, para determinar positivamente o conteúdo da própria lei.

Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a ‘natureza’ dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. Ambos constituem processos de criação do Direito.”²²³

Porém, as dificuldades em se aceitar um juiz criador do Direito está em que, primeiro, os detentores do poder geralmente relutam à implantação de qualquer mudança, pois temem perder seu *status quo*; com essa posição concorda ZAFFARONI, ao ensinar que

“No fundo, toda troca de poder contém um perigo para os operadores da estrutura burocratizada. Além disso, qualquer alteração na rotina altera os papéis e, por conseguinte, faz cambalear ou caírem os liderados burocráticos. Qualquer inovação torna-se perigosa ou, pelo menos, assim é percebida. Isso faz com que os operadores

seja utilizada a lógica coerente de um discurso deve ser, sob pena de se o mesmo não for feito a comunicação se tornar impossível.

²²³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores*. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 26.

burocratizados se vejam forçados a exteriorizarem ideologias (sempre também em situações limítrofes, porque do contrário não o fazem), em geral o fazem expressando tendências elitistas, reacionárias ou antidemocráticas, mas não por motivo de uma autêntica convicção ideológica, senão por meras razões de segurança, embora sem pecar pelo exagero, o que os retiraria da discreta zona cinzenta, gerando-lhes um novo perigo. Toda prudência se torna perdida quando a auto-estima lhes impõe racionalizar a ideologia que expressam ou quando o poder parece ser demasiadamente forte.”²²⁴

Em segundo lugar, porque, teoricamente, o Judiciário é um poder neutro, embora, esta premissa tenha sido criticada no decorrer do capítulo anterior. Portanto, removido este obstáculo, pode-se perseguir a averiguação das condições de possibilidades do juiz como criador do Direito dentro de um processo de redemocratização do juiz.

Nesta busca o que primeiramente há de se alertar, segundo é que, PORTANOVA,

“Com efeito, não há confundir a criação judicial com a criação legislativa. Ao primeiro, convém lembrar que se está falando de criação do Direito no caso concreto. Ao depois, trata-se de uma criação do Direito proposta pela parte interessada.”²²⁵

Esta ressalva se faz importante, pois o que aqui se prega não é um estado de conflito com o Poder Legislativo, antes é que ocorra uma maior integração dos poderes, sendo respeitado todo o manifestar de poder e autonomia necessários para o exercício democrático de cada poder; como reza a constituição, sob a proteção de DEUS e em nome do povo²²⁶. Porém, há de se concordar com WOLKMER quando afirma que

“O monopólio legislativo, em matéria de elaboração e fixação do Direito, é pura falácia; uma nova concepção que melhor valorize a força das decisões judiciais deve dar lugar ao dogmatismo do positivismo exegetico. O juiz é soberano na esfera de ação em que

²²⁴ ZAFFARONI, E. R. op. cit. p. 162.

²²⁵ PORTANOVA, R. op. cit. p. 132.

²²⁶ Preâmbulo e parágrafo único do artigo primeiro da Constituição da República Federativa do Brasil, Promulgada em 1988.

atua, podendo, por si mesmo, estabelecer as normas e as regras de aplicação necessárias.”²²⁷

Esta posição é corroborada por AKEL, quando afirma que:

“A função jurisdicional não se limita à execução da vontade do Poder Legislativo. Na realidade, ela é muito mais extensa. Ela consiste em normas, sobre a base do Direito e segundo um procedimento especial, que a legitima, os litígios que podem surgir entre os sujeitos do Direito.”²²⁸

O de que se discorda é sobre o lugar vulgar em que muitos querem colocar o Poder Judiciário. Ainda é WOLKMER quem coloca tal situação:

“Os legalistas clássicos não consideram, na observação de Belaid, o exercício jurisdicional como um terceiro Poder essencial do Estado, categoria de órgãos ativamente políticos. Os órgãos que exercem o poder político (Poderes Legislativo e Executivo) caracterizam-se pela função criadora e reguladora, relegando-se, por sua vez, ao órgão não-político (Judiciário) a mera função de execução e aplicação dos ditames dos poderes políticos.”²²⁹

Poder, eis a palavra que cria todos os constrangimentos para que se aceite um Judiciário forte! PERPÉTUO afirma, categoricamente, que:

“Quando se fala em reforma do Poder Judiciário Brasileiro, ora, com novo enfoque, na referida mensagem - mudanças no sistema Judiciário brasileiro - percebe-se, pelos diversos pronunciamentos das autoridades, do Poder Executivo e de alguns componentes do Poder Legislativo, o claro propósito de minimizar a autoridade jurisdicional, porquanto o exercício do poder, notadamente, no Executivo, repudia quaisquer limitações, olvidando, contudo, os que elegem a arrogância, como diretriz de ação governamental, que o Estado de Direito encontra no Poder Judiciário a âncora de proteção das liberdades públicas e individuais. Daí por que qualquer iniciativa concernente a diminuir os poderes do juiz ou a constrangê-lo a agir sob pressão ou medo significa, em última análise, o extermínio da democracia, com a supressão das liberdades, a extinção da cidadania.”²³⁰

²²⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. Ideologia, Estado e direito. p.177.

²²⁸ AKEL, H. E. op. cit. p. 121.

²²⁹ PARIS, Robert, apud WOLKMER, A. C. Ideologia Estado e direito. p.177. nota 14.

²³⁰ PERPÉTUO, José de Aquino. O juiz, criador do direito. *Revista do Tribunal de Justiça do Espírito santo*. Vitória, v. 1, p. 35, 1999.

Logo, não só se pode afirmar que há condições de possibilidades para que, dentro de um Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário, por meio dos magistrados, seja um Poder criador, como, também, deve-se dizer que sem esta condição de possibilidade todo o sistema democrático está em jogo, pois

“... querer o juiz como se fora máquina, produzindo sentenças e mais sentenças, sendo um mero despachante aplicando leis do Parlamento ou do Executivo, na forma de medidas provisórias, decretos, que não só regulamentam normas, mas vão além, ao darem a elas interpretação a que procuram chamar de ‘autêntica’, seria apagar na consciência do povo a convicção de que tem a sua disposição um Poder Judiciário capaz de ser um freio à insensatez de quebra de princípios salutareos.”²³¹

Esta liberdade criadora faz parte da estrutura lógica deste Poder e retirá-la significaria amputar-lhe uma das pernas, a base de sustentação, para ofertar-lhe uma muleta. Há como impedir o manifestar deste potencial criador? Sim, há. Para isto é suficiente que os legisladores assumam este propósito. E o que fazer? Será que deixar-se transcender da modernidade, assumindo a pós-modernidade, faria com que o problema se desfizesse no ar? Não, não faria. Os poderes são autônomos e devem respeitar-se mutuamente. Também é óbvio que a linguagem política do Legislativo difere da linguagem técnico-jurídica do Judiciário, logo, para os pós-modernos não pode haver diálogo entre estas instâncias. Então, insiste-se, o que fazer? O mínimo que se pode fazer, o primeiro passo, é assumir a posição de liderança que a função impõe que se assuma. Ao magistrado, como representante do povo que é, não cabe esperar por uma posição popular; visto que a sociedade está passando por um período de crise tão drástico que a está levando a uma contínua desagregação - num primeiro nível, isso pode ser observado nas varas de família. Assim, deve o magistrado honrar a sua toga e dialogar com as instâncias necessárias para a obtenção do Direito de continuar realizando o seu dever de criar o Direito. Uma reforma, levada avante sem a sua participação, não pode, e não deve, alijar o

avanço conseguido pelos séculos de luta. Enquanto a massa populacional - massa esta que nem sequer tem capacidade para se livrar, durante um período de eleições, das armadilhas técnicas do *marketing* - desconhece as manobras políticas realizadas para lhe tirar o Direito a um Poder Judiciário que ainda possui condições de defendê-lo, diante do império do capital liberal, pois luta pela sua sobrevivência mais imediata, não possuindo, assim, condições e tempo para elevar os seus olhos às transformações políticas que estão ocorrendo ao seu redor; cabe ao magistrado estar acima desta condição mais imediata em nome do Poder que, por este mesmo povo, lhe foi concedido. Se o povo perder a confiança no juiz e no Judiciário a sociedade organizada, na forma como é até o momento conhecida, entrará em um período de autodestruição, de ruína, visto que:

“O povo tem, também, essa percepção sensível, na medida em que convicto está de que somente a justiça será capaz de o salvar, no momento em que se acentuam as crises, na administração pública. O controle de constitucionalidade de leis exóticas, sem raízes na formação do povo, é a tábua de salvação daqueles que não conseguem dormir tranquilos, na medida em que não sabem o que vai acontecer com suas minguadas economias, no dia seguinte. Com a vontade ou não dos condutores da política, o juiz é um líder, não no sentido exclusivo da política partidária, mas autoridade em que o povo confia; desconfia da justiça, mas quer ter confiança no juiz. A justiça sistematizada não o agrada, mas acredita no juiz que tenha respeitabilidade e serenidade na condução dos problemas. Se titubear e deixar a balança pender de forma inadequada, o relacionamento entre juiz e comunidade se estremecerá e, faltando a confiança, parte-se para a prática da autotutela.”²³²

PERPÉTUO entende muito bem a posição do juiz em frente ao legislador, este não é questionado em sua legitimidade por aquele, mas sobre a interpretação da lei é dito que:

Certo é que, ao decidir exerce o juiz sua atividade, sustentando toda a sua motivação nas fontes do Direito. Auscultando-as, obviamente, trazendo-as ao caso concreto, individualizando a fonte escolhida, deduzirá ser ou não a pessoa titular de um Direito. O juiz é o intérprete

²³¹PERPÉTUO, J. de A. op. cit. p. 41.

²³²PERPÉTUO, J. de A. op. cit. p. 42.

da lei, podendo, em consequência, decidir contra ela, se não é a melhor fonte do Direito aplicável a hipótese. Dizer que o juiz é escravo da lei é estultice, princípio sepultado com os positivistas do século XIX, como insensatez seria, também, decidir, sistematicamente, contra a lei. Emanada do poder competente, na sua criação, traz em si a presunção de legitimidade. E nem poderia ser outra a idéia que dela se tenha, porque, a contrário sensu, teríamos que admitir, necessariamente, a ausência de legitimidade de seus criadores, gerando, com isso, subversão da ordem jurídica. Entenderam, contudo, os elaboradores da Lei de Introdução do Código Civil que, na dicção do Direito (juris + dictio), o juiz há de ficar atento para sondar o verdadeiro sentido da lei; que seja, efetivamente, a expressão do Direito, que atenda aos fins sociais a que se dirige, na sua inteireza.”²³³

Certo é, porém, que

“O poder-dever do juiz tem limites, para que não edite sentenças exóticas, sem raízes na consciência e na vida da comunidade. Daí a necessidade de ser cauteloso no interpretar as fontes do Direito, notadamente, a lei e as forças sociais que a motivaram. A ordem jurídica pode emanar de várias fontes, ao passo que o Direito, a final, só vai provir da sentença do juiz.”²³⁴

Tal observação é importante para revelar que não se defende um superpoder, constituído por super-homens, que nunca falham. O que se defende é que se faça uma política séria e que tenha a sociedade e o cidadão como fins últimos, e não os contratos e as regras do capital; o que se defende é que se respeite um Poder que não deve se curvar diante dos jogos de interesses externos à Justiça - o que só tem razões de ser enquanto o juiz, dentro do processo democrático, tiver resguardado o seu poder criador. Ao criar limites para a criação do Direito não se estão impondo limites à criatividade, pois

“... a criatividade constitui um favor inevitável da função jurisdicional, e que existem, por outro lado, importantes razões para o acentuado desenvolvimento de tal criatividade em nosso século, correspondendo a características e exigências fundamentais de nossa época, econômicas, políticas, constitucionais e sociais.

²³³PERPÉTUO, J. de A. op. cit. p. 38.

²³⁴PERPÉTUO, J. de A. op. cit. p. 41.

O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e 'ativista' e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz. [...], parece-me que a criatividade jurisdicional - criatividade de Direito e de valores - é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e que o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto de restrições. Isto é verdade para a jurisdição em geral e para a justiça constitucional de modo particular. Os Juízes não podem fazer menos do que participar na atividade de produção do Direito, ainda que, no limite, tal não exclua inteiramente a possibilidade de o legislador ab-rogar ou modificar o Direito jurisprudencial. E essa possibilidade [...] é real não apenas em face do Direito jurisprudencial ordinário, mas também em relação ao Direito jurisprudencial constitucional, em que o instrumento para tal ab-rogação ou modificação é dado pela revisão constitucional, embora esta seja rara. Deste modo, a última palavra no processo de produção do Direito pertence sempre à 'vontade majoritária', tal como se expressa, em forma de maioria simples ou qualificada, na legislação ordinária ou constitucional."²³⁵

Mas, segundo SOUZA,

"Realmente, fazer o Estado perder a sua exclusividade na produção do Direito é algo que ainda soa como utopia, não obstante se trate de uma proposta extremamente tentadora. Mesmo porque este seria, em última análise, o caminho através do qual o Estado atingiria plenamente a sua condição/função instrumental a serviço da sociedade."²³⁶

Porém o "lugar algum" desta utopia deve ser criado pelos desbravadores da lei, pelos bandeirantes da Justiça. COLOMBO lutou em favor da realização de sua grande viagem, de sua utopia, mas em vez de o continente ser denominado de Colômbia foi batizado de América, ficando sua memória reservada a um pequeno País. Ainda que os louros da luta dos magistrados fiquem a outros, o que importa em nome da nação e do povo Brasileiros é que a Justiça seja feita.

Mas não se pode fugir da responsabilidade que o próprio Poder Judiciário tem na manutenção do atual quadro de desestabilização de sua estrutura interna. SOUZA aborda esta dificuldade da seguinte forma:

²³⁵CAPPELLETTI, M. *Juízes legisladores*. p. 73-103 *passim*.

"A eqüidade representa, em sentido amplo, a humanização da justiça, através da aplicação, interpretação e integração do Direito pelo juiz. O sentido ou a virtude da 'eqüidade' deve estar latente na mente de todos os Legisladores e Administradores que 'fazem' ou 'aplicam' a lei; mas essa virtude está igualmente presente (e até com maior agudeza) na mente dos julgadores. Ou seja: o que se passa na mens legislatoris, e o leva a editar normas para a sociedade, também se repete na mens judicis. É a Eqüidade Inspiradora, ou imanente no homem.

Falta ao sistema jurídico outorgar aos nossos Juizes maior poder de eqüidade, restrita que está a sumaríssimas situações jurídicas, quando não afastada expressamente da aplicação judicial (grifos nossos)." ²³⁷

Dessa forma, "Sob pena de servir apenas ao Estado formal do Direito, sem servir como deve, ao Estado democrático, o juiz é - e deve ser - criador". ²³⁸ Uma vez assim colocada a questão, deve-se ver como o juiz cria o Direito.

1.3. A Criação do Direito no Âmbito Judiciário

O senso comum torna o Direito sinônimo de lei. Por este motivo muitos se escandalizam com a idéia de que o juiz pode criar o Direito, visto que não pode legislar. Mas deve-se mostrar que, quase sempre, a criação do Direito, no âmbito do Poder Judiciário, precede a criação da lei, no âmbito do Poder Legislativo. O que leva o juiz a criar o Direito é o simples fato de o Direito não ser estático, mas dinâmico - "o Direito não 'é': ele 'vem a ser'. Por isso mesmo é que o revolucionário de ontem é o conservador de hoje e o reacionário de amanhã" ²³⁹. Aqui já surge a primeira distinção entre lei e Direito, pois aquela é feita para permanecer até que seja substituída, enquanto a possibilidade de alteração da lei é exceção, e não a regra. Já o Direito evolui, sem, contudo, ser

²³⁶ SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1991. p.99.

²³⁷ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes ético do juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 94-98 passim.

²³⁸ PORTANOVA, R. op. cit. p.131.

²³⁹ LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999. p.82.

outro, mas muda para continuar sendo, justamente, o mesmo²⁴⁰. Se assim não fora, necessidade alguma haveria de ser criado por qualquer Poder. Mas o juiz

“Para criar, a sentença, até um limite variável em cada caso, necessita freqüentemente deformar a norma vigente para assentar o germe da norma vindoura. É que o Direito está de fato em contínua reelaboração, e as necessidades que fizeram surgir determinado regramento não são nunca rigorosamente iguais às experimentadas em um momento posterior.”²⁴¹

É, por si mesmo, evidente que o Direito evolui, porque reflete todo o dinamismo das questões sociais. Quando se fala em reforma do Poder Judiciário não se comete equívoco ao rever o peso da posição do magistrado, antes tal ação é fruto de uma reflexão instrumental das mais aguçadas, embora perversa, pois se o juiz pode criar o Direito é pelo fato de não ser um simples técnico. Nesta empreitada, mais uma vez recorre-se a um arguto doutrinador, o professor WOLKMER, que assim diz:

“A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente atividade de aceder aos caprichos e à vontade do legislador (ou dos mandatários do poder), pois, como poder criador, o juiz não se constitui em um simples técnico que mecanicamente aplica o Direito em face dos litígios reais, mas, buscando solucionar os conflitos de interesse entre sujeitos individuais e coletivos do Direito, o operador jurídico aparece como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar as fissuras, as antinomias e as contradições da ordem jurídica burguesa.”²⁴²

O juiz não é, e não pode ser, um simples técnico ou um mero funcionário público²⁴³. Diante do juiz está uma lei abstrata, pois universalmente

²⁴⁰ LYRA FILHO informa ainda que “A legislação abrange, sempre, em maior ou menor grau, Direito e Antidireito: isto é, Direito propriamente dito, reto e correto, e negação do Direito, entortado pelos interesses classísticos e caprichos continuistas do poder estabelecido.

A identificação entre Direito e lei pertence, aliás, ao repertório ideológico do Estado, pois na sua posição privilegiada ele desejaria convencer-nos de que cessaram as contradições, que o poder atende ao povo em geral e tudo o que vem dali é imaculadamente jurídico, não havendo Direito a procurar além ou acima das leis”, op. cit., p. 8.

²⁴¹ PORTANOVA, R. op. cit. p. 131.

²⁴² WOLKMER, A. C. *Ideologia, Estado e direito*. p. 179.

²⁴³ Não é pretensão deste autor destratar ou tratar pejorativamente o funcionalismo público ou os técnicos judiciários, pois sem eles o sistema não poderia se locomover. O que se quer frisar no corpo deste texto é que se conseguirem equiparar o detentor da função judicativa com os

válida, cabe a ele encarná-la numa Justiça aplicada a um fato real e singular. Não é o legislador que está diante do fato. Sobre isto afirma AKEL,

“A função jurisdicional não consiste em dizer abstratamente o Direito; ela tem por objeto dar uma solução justa a um problema humano. O litígio que conhecemos não se resume apenas a um conflito entre duas posições diante das normas legais. O juiz não é apenas um técnico da aplicação da norma positivada.”²⁴⁴

Este autor ainda consegue captar a relação de causalidade entre a função judicativa e a criação do Direito:

“A obrigação que o juiz tem de julgar implica em seu favor o poder de criar o Direito para que possa decidir acerca de todos os conflitos que lhe são submetidos e cumprir corretamente essa obrigação. O poder de criar regras jurídicas é uma competência implícita de toda função jurisdicional.”²⁴⁵

O Direito positivo não torna todos iguais diante de si, pois dá prioridade à lei que é universal. O juiz ao interpretar a lei positiva pode aplicá-la aos casos singulares e, sendo imparcial, pode igualar as partes. A título de exemplo, pode-se observar que é verdade inegável que a elevada condição social confere peso desigual aos seus detentores, em detrimento dos menos favorecidos. Diante deste fato o juiz pode fazer Justiça não os igualando diante dos mesmos fatos, pois, afinal, como tratar de igual modo o infrator de classe média alta, com o menor de rua que furta, muitas vezes, por estar inserido em contexto cultural totalmente outro da sociedade que o rodeia²⁴⁶. Neste ponto deve-se dar ouvidos à antropologia e à sociologia, porém, PACHECO foi feliz ao afirmar :

profissionais citados não será possível a plena realização vigorosa de uma justiça que muitas vezes, ou sempre, tem que enfrentar todo o peso dos interesses que se chocam na construção de uma nação. Os políticos passam, os Juizes e o funcionalismo público ficam, mas não se pode desprezar o peso do dinheiro em uma campanha política. Será em vão, ou por nacionalismo, todo o investimento feito no candidato A ou B? Somente o detentor de uma função judicativa, detentor este com autoridade e autonomia, pode deter tais jogos de interesses, quando estes chegam ao poder.

²⁴⁴ AKEL, H. E. op. cit. p. 121.

²⁴⁵ AKEL, H. E. Idem, ibidem. p. 122.

²⁴⁶ Com este exemplo, todavia, não se está acenando com a possibilidade de uma exclusão de culpabilidade para menores de rua que venham a se tornar infratores.

“Partimos da averiguação de que, na presente situação de mudança social, a lei - o Direito positivo - é inadequada à direção da vida social, e, no caso brasileiro, em que a taxa de mudança é desigual, diante das intensas diferenças entre o meio rural e urbano ou/e entre as diversas regiões do país, mais que falaz se torna a ficção jurídica da igualdade de todos perante ela. A lei, aplicando-se o princípio desenvolvido por William Ogbury, em ‘Social Change’ (Nova Yorque, 1922) quase sempre está atrasada diante dos fatos concretos, criando sérios problemas a seus intérpretes.”²⁴⁷

Não é menos verdade que o legislador, muitas vezes, trabalha com a jurisprudência criada pelos magistrados. Casos concretos como, por exemplo: união civil de homossexuais e eutanásia, não são legislados, devido ao fato de serem termômetros da moral social vigente, sem antes terem as batalhas judiciais como precedentes. Em todos esses casos o legislador realiza a sua obra sobre o terreno que já foi lavrado pelo magistrado. Nestes pontos, entre outros, não se pode negar o poder criador do juiz. Desta forma,

“O magistrado, portanto, não se limita à atividade de natureza meramente interpretativa ou dedutiva daquilo que lhe é dado, mas sua tarefa consiste na revelação de uma forma jurídica mais adequada, mais equânime e mais justa. Consequentemente, a sentença judicial emanada do juiz adquire, não só validade formal como também preceituação obrigatória e legitimação eficaz. Faz-se necessário, sem dúvida, assinalar que **tais disposições judiciais são inegavelmente parte do Direito estatal** na medida em que tanto são respeitadas pelos litigantes e acatadas pelos tribunais, quanto reiteradamente incorporadas pelo legislador do Direito positivo. O papel do juiz é acentuadamente marcante, não só como recriador através do processo hermenêutico, mas também como adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social (grifos nossos).”²⁴⁸

Vê-se assim que a jurisprudência é a fonte do Direito. WOLKMER chega a afirmar que alguns autores, como BRUTAU, aceitam que

“...a jurisprudência, enquanto fonte do Direito, revela um alcance bem maior do que se costuma admitir, pois os que limitadamente têm a

²⁴⁷PACHECO, Renato José Costa, apud PERPÉTUO, José de Aquino. O juiz, criador do direito. *Revista do Tribunal de Justiça do Espírito Santo*, Vitória, v. 1, p. 45, 1999.

²⁴⁸WOLKMER, A. C. *Ideologia Estado e direito*. p.179.

“tarefa de interpretar e aplicar a lei, são, na realidade, os que verdadeiramente exercem uma função criadora, superando assim aquele conhecimento tipificado na lei pelo legislador.”²⁴⁹

Como negar que ao interpretar a lei e ao criar a jurisprudência o juiz está criando o Direito? Como já foi visto, a negação contínua de tal fato possui finalidades políticas evidentes. Contudo, nos meandros reflexivos do Poder Judiciário, entendida aí a exclusão dos jus-positivistas, é consenso que:

“Diante de determinado texto de lei, a ação criadora e fecundante do juiz consiste, inicialmente, em dar um sentido preciso à disposição legal considerada e aos termos de que ela se utiliza. Cada vez que o juiz determina o sentido e o alcance preciso e adequado das expressões utilizadas pelo Direito escrito e as informa, está a exercer uma atividade criativa, tão importante como a obra do legislador que utilizou essas expressões.

Essa atividade criadora tem o mesmo valor jurídico que o próprio texto de lei, objeto da interpretação, pelo que, como escreveu Del Vecchio, o juiz, levando em conta a lei, mas indagando ao mesmo tempo sua consciência e pesando as circunstâncias de cada caso, continua de certa forma o trabalho do legislador e o dirige a sua finalidade que não pode ser outra que não a justiça.

Essa ação criadora do juiz sobre o Direito escrito manifesta-se também quando ele adapta e atualiza uma disposição legislativa antiga ou ultrapassada pela realidade social, dando-lhe um significado e um alcance adequados a essa realidade e aos novos valores que com ela entram em tensão, como o determina, aliás, o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

O esforço criador do juiz manifesta-se ainda quando tem por objeto a procura da intenção do autor da lei ou do contrato.

Mas a atividade criadora do juiz não é apenas de natureza interpretativa e dedutiva; ela não limita seu objeto ao que é ‘dado’. Ela se reveste ainda de uma outra forma mais elaborada, mais aperfeiçoada e ainda mais independente: a forma intuitiva que consiste em um esforço de sistematização e de ordenação dos dados concretos e dos princípios básicos do ordenamento jurídico, que permite revelar certa representação da vida do grupo social e uma ética a seguir.”²⁵⁰

Vê-se claramente, desta forma, que se o juiz não for criador estará renunciando ao seu lugar por excelência, pois

²⁴⁹ WOLKMER, A. C. Ideologia, Estado e direito. p.181.

²⁵⁰ AKEL, H. E. op. cit. p. 123-125 passim.

“O papel criador do juiz não é um efeito das condições particulares e mais ou menos conjunturais dessa ou daquela ordem jurídica; ele é, em realidade, a expressão própria da função jurisdicional.

Duas proposições fundamentais nos ajudam a dar conta da verdadeira natureza dessa função. A primeira é a de que o papel do juiz não é simplesmente aplicar o Direito existente mas, de um modo mais abrangente, o regramento dos conflitos e dos litígios entre sujeitos do Direito. A segunda é a de que, se essa é a sua função, o juiz é necessariamente e naturalmente um órgão criador de Direito.”²⁵¹

LOPES chega a afirmar que

“A aptidão para a criação da norma judicial impõe-se como uma tônica no exercício da jurisdição, ainda que se considerem aqueles tantos que a neguem. Configura-se ela desde a flexibilidade atribuída pelas pautas de equidade ou pelos modelos em branco, em que os limites se fixam na competência do juiz, até a reconstrução da hipótese de fato pelo exame da prova, trazida, ou não, ao processo. (grifos nossos)”²⁵²

No decorrer deste capítulo ainda há de se abordar os movimentos que pregam uma maior liberdade para o Direito, em busca da realização do ideal democrático no campo Judiciário; tais movimentos defendem um Direito Alternativo. PERPÉTUO, porém, deixa o seguinte alerta:

“Quando se fala do poder criador do Direito pelo juiz, aplicando a fonte respectiva mais adequada à solução do caso concreto, apressam-se os setores interessados em mitigar-lhe a função jurisdicional, rotulando tal procedimento como se fora apologia do Direito alternativo.”²⁵³

Dado que a posição assumida no presente trabalho não é de crítica ou de apologia de tais movimentos, mas a de uma reflexão, o que se pode afirmar é que a defesa do poder do juiz como criador do Direito é mais do que uma utopia ou uma ideologia, é, antes, uma necessidade inerente à função jurisdicional. Assim, não há motivos para que se realize a união da defesa de tal posição com os movimentos alternativos do Direito. Com isto, insiste-se, não

²⁵¹ AKEL, H. E. op. cit. p. 120.

²⁵² LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.p.

206

²⁵³ PERPÉTUO, J. de A. op. cit. p. 35.

se está fazendo uma crítica a tais movimentos, que realmente corroboram a posição aqui adotada ao defender o juiz como criador do Direito, mas está se buscando colocar cada coisa no seu devido lugar; pois assim como uma pessoa organizada procura ordenar seus objetos, com o intuito de localizá-los, quando necessários, com grande facilidade, assim também a teoria vem servir para a ordenação das idéias - e há de se buscar que, como em Descartes, estas sejam claras e distintas.

2. A Busca de um novo Direito

Hoje, no Brasil, existem dois fortes movimentos jurídicos não-positivistas em ação. Em São Paulo está sediada a "Associação Juízes para a Democracia" e o Sul do País é o reduto privilegiado, embora não único, do "Direito Alternativo". Estes movimentos deverão ser abordados no escopo final deste trabalho pois, uma vez que o positivismo jurídico foi alvo de crítica, deve-se revelar que existem caminhos outros a seguir. Insiste-se no fato de que o objetivo não é uma apologia de tais movimentos, porém é o de mostrar que o Direito não se constitui como um caminho de mão única; além de frisar que não basta destruir um paradigma ultrapassado se em seu lugar não se construir, previamente, outro.

Estes movimentos possuem a pretensão de revelar que o rei está nu,²⁵⁴ e, assim como no mito da caverna de PLATÃO, desmascarar um quadro que já caiu no consenso popular não é tarefa simples; apenas os valentes, e muitas vezes os mártires, conseguem tal façanha.²⁵⁵

²⁵⁴Diz a fábula que certo rei se vestia sempre magnanimamente. A população parava para contemplar o passeio real. Tal população já estava tão acostumada a ver o rei com belas vestes que o dia em que sua majestade saiu nu todos ainda exclamavam: "Oh! Que belas vestes reais! Oh! Que maravilha!" Porém, uma criança, que ainda não havia viciado seus olhos em ver o rei em seu passeio de gala, exclamou: "O rei está nu!" Apenas neste momento a população passou a ver o óbvio.

Esta lição serve para mostrar que o hábito cria o vício do olhar, do ouvir e do refletir. O nazismo já pregava que uma mentira dita múltiplas vezes se transformava em uma verdade. O positivismo e o legalismo cegam; "O rei está nu!"

²⁵⁵Um dos grandes problemas atuais para se defender, por escrito, um ponto de vista está no fato de que muitos, com a desculpa de estar realizando uma hermenêutica, distorcem as verdadeiras pretensões do autor - problema que se agrava quando o autor não mais se faz

Mas poder-se-ia questionar: o que leva os Juízes a assumirem tais movimentos? Afinal, o senso comum acredita que uma vez que o homem-juiz chegou a uma posição cômoda, socialmente, não possui motivos para ficar enfrentando desafios que o remetam a entrar em atrito com os detentores do *status quo*. Em resposta a essa questão APOSTOLOVA assim ensina:

“O movimento crítico dos Juízes surge num momento em que as demandas dos setores da sociedade por Direitos sociais e coletivos superam as possibilidades da oferta dos códigos, inspirados em uma visão liberal-individual do mundo, e exigem do juiz uma interpretação crítica do Direito em condições de legitimar a sua atuação de acordo com as aspirações dos novos atores sociais. Esses Juízes vão de encontro às rígidas rotinas burocráticas presas às exigências formais do Direito, e procuram a realização da justiça substantiva, atendendo às peculiaridades de cada caso concreto. Posicionando-se jurídica e eticamente ao lado da parte mais fraca da relação jurídica, eles fazem oposição ao predomínio do valor econômico no mundo contemporâneo, autonomizado em relação às considerações de caráter social.”²⁵⁶

Crê-se que não se poderia ser mais sucinto na elaboração de uma resposta à questão antes levantada. Mas há de se ressaltar um ponto importante. Este não é outro senão o fato de que a observação sobre a mudança das relações econômicas não foge à compreensão de tais movimentos. Sabe-se com clareza o momento vivido pelo capital. Conhece-se a carência de recursos que os Estados nacionais possuem para se impor diante dos impérios globais; que não mais se identificam com um determinado Estado-nação, mas com as grandes corporações (um dos motivos que levam a insuficiência dos códigos. Outro motivo que poderia ser desdobrado é o avanço tecnológico, inclusive na área médico-biológica; como no caso da genética). Porém, combate-se a exacerbação do valor em si do capital em frente ao ser humano - questão esta que não se resume ao campo jurídico, antes corresponde ao âmbito filosófico-ético-moral. Por isso, hoje, a defesa do mais

presente no meio dos vivos para poder esclarecer os pontos duvidosos. O verdadeiro cristianismo que o diga! Por este motivo é que se defende que um texto só pertence ao autor enquanto não cai em domínio público. Muitos intentam clamar que o rei está nu, mas os funcionários do paço real informam à população que estes na verdade estão elogiando a roupa do rei. Oxalá se aproxime, rapidamente, o tempo em que se poderá exclamar: “O rei está morto! Viva o rei!”

fraco economicamente pode não estar apenas na vitória judicial do proletário contra o capitalista nacional, numa questão trabalhista, por exemplo. A questão tornou-se tão complexa que o próprio conglomerado capitalista nacional pode vir a ser, em uma questão judicial, a parte mais fraca economicamente; isto diante das megacorporações internacionais; e a defesa deste, neste contexto, é o que mais beneficiaria o proletariado. Logo, o foco das demandas se deslocou de tal forma que urge, imprescindivelmente, uma nova visão de mundo no âmbito Judiciário.

Corroborada por este ponto de vista está a fala de DALLARI, que, quando questionado sobre se o momento histórico que vivemos, em relação à globalização, pode gerar uma nova visão sobre o tema dos direitos humanos, afirma:

“Analisando os acontecimentos com bastante realismo, considero inevitável a conclusão de que a globalização econômico-financeira, de que tanto se fala, é a negação da universalização dos direitos humanos e, pior do que isso, contribui para que esses direitos sejam prejudicados também no plano interno dos Estados.”²⁵⁷

Por uma necessária limitação, os seguintes tópicos, porém, devem buscar a realização de uma abordagem apenas histórico-descritiva dos movimentos retrocitados; enquanto questões sociais deverão aparecer apenas como fundo de exposição. Para isso reporta-se a autores que fazem parte desses movimentos; alguns dos quais fizeram parte de sua criação no Brasil. A extensão da abordagem de cada movimento não leva em conta a sua relevância, antes é fruto da disponibilidade de material bibliográfico a que se teve acesso.

Apesar da pretensa abordagem não se aprofundar nos pressupostos de cada movimento, deve-se ressaltar que eles subentendem uma nova visão antropológica - quem é o homem que realiza e que se submete a este novo paradigma; uma mudança de paradigma na sociedade como um todo leva, necessariamente, a uma reavaliação cultural, e este é o campo por excelência

²⁵⁶ APOSTOLOVA, B. S. op. cit. p. 196.

da antropologia -, filosófica - afinal, prega-se uma derrocada da filosofia positivista reinante - e sociológica - pergunta-se sobre os efeitos desta nova visão de Direito nas classes sociais e sobre a própria classe social que impõe esta visão, pois “com efeito, o ‘uso Alternativo do Direito’ não é manifestação individual de Juízes, nem tampouco fenômeno restrito à magistratura. Trata-se de um inusitado movimento social”²⁵⁸. Estes movimentos não podem prescindir desta visão conjunta, pois “é sabido como a Sociologia, a Antropologia, a Psicologia, a História, dentre outras, são informativas (ou, ao menos, devem poder sê-lo) do Direito e sua ciência”.²⁵⁹ Logo, qualquer Escola, Linha ou Movimento de Direito devem contextualizar suas posições por meio do diálogo com estas outras fontes de conhecimento, pois, como se observa, o Direito não existe isolado delas. Deve-se afirmar ainda que os movimentos que aqui são abordados têm pontos convergentes e divergentes entre si, porém este não será o foco em questão.

2.1. A Contribuição da Associação Juízes para a Democracia

A associação Juízes para a Democracia é uma entidade civil, sem fins lucrativos ou interesses corporativistas, que iniciou, oficialmente, suas atividades no dia 13 de maio de 1991, em São Paulo²⁶⁰. Esta entidade possui o objetivo de expandir-se em território Nacional e mantém contato com o mundo acadêmico e político, além de relacionar-se, no âmbito internacional, com

²⁵⁷ CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *Justiça e Democracia*, São Paulo: Ateliê, n. 3, p. 15, 1997.

²⁵⁸ ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Direito alternativo: notas sobre as condições de possibilidade. *Lições de Direito Alternativo*. Organizador: Edmundo Lima Arruda Jr. São Paulo: Acadêmica, p. 72, 1991.

²⁵⁹ SILVEIRA, Pedro Moacyr Pérez da. Por uma filosofia jurídica do homem para o direito do homem. *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo: Acadêmica, n. 2, p. 104, 1993. Diretor: Amilton Bueno de Carvalho.

²⁶⁰ As informações que são aqui apresentadas foram adquiridas na Internet, por meio do endereço eletrônico: <www.ajd.org.br> (data de criação e estatuto), e na publicação oficial desta instituição - ano 5, n° 22, out./dez. 2000 (posição de alguns magistrados).

associações semelhantes na Europa e com grupos de magistrados latino-americanos.

Na procura por uma melhor compreensão de seus propósitos, é importante destacar o artigo 2º do seu estatuto que diz sobre suas finalidades:

- “1) O respeito absoluto e incondicional aos valores jurídicos próprios do Estado Democrático de Direito.
- 2) A promoção da conscientização crescente da função judicante como proteção efetiva dos direitos do homem, individual e coletivamente considerado, e a conseqüente realização substancial, não apenas formal, dos valores, direitos e liberdades do Estado Democrático de Direito.
- 3) A defesa da independência do Poder Judiciário não só perante os demais poderes como também perante grupos de pressão qualquer natureza, internos ou externos à Magistratura.
- 4) A democratização da Magistratura, assim no plano do ingresso, como no das condições do exercício profissional, com o fortalecimento dos direitos do Juízes à liberdade de expressão, reunião e associação.
- 5) A justiça considerada como autêntico serviço público que, respondendo ao princípio da transparência, permita ao cidadão o controle permanente de seu funcionamento.
- 6) A defesa dos direitos dos menores, dos pobres e das minorias, na perspectiva de emancipação social dos desfavorecidos.
- 7) A criação e o desenvolvimento de vínculos de cooperação e solidariedade mútuos entre operadores judiciais e associações afins.
- 8) A promoção e a defesa dos princípios da democracia pluralista, bem como da difusão da cultura jurídica democrática.”²⁶¹

O conteúdo deste artigo está, de certa forma, incluído em todo o corpo do presente trabalho. Porém, o âmago destas análises é muito mais extenso do que foi a pretensa abordagem aqui desenvolvida. Todavia, há de se ver que isto não é uma falta, antes é a qualidade deste trabalho; pois o que se busca é o despertar de uma consciência crítica e para tal empreitada é muito melhor saber formular e reformular questões do que responder às existentes – e como o cerco da totalidade não pode ser a pretensão de um texto, deixa-se este leque de pesquisas aberto para outros que venham a interessar-se por este assunto; crendo-se que o poder apontar para esta possibilidade, o despertar para este horizonte já é uma contribuição.

²⁶¹ Estatuto da Associação Juízes Para a Democracia. Artigo 2º.

Qualquer indivíduo que se relacione diretamente com as questões judiciais atuais ou que esteja cômico da estrutura de funcionamento dos órgãos que se propõem a realizar a Justiça no Brasil poderá notar, empiricamente, e sem a necessidade de uma profunda pesquisa de campo, que a sociedade não oferece mais créditos às formas institucionais de resolução de conflito. Isto pressiona o cidadão a buscar a realização da Justiça por seus próprios meios.²⁶² Tal situação é preocupante, pois o que entra em jogo é a própria unidade Nacional, o ente cidadão não mais se reconhece como elo da rede estatal e com isso os habitantes de São Paulo ou de Minas Gerais, apenas para citar, a título de exemplo, as duas federações que possuem o maior peso político do País, que estão preocupados com a necessidade imediata da manutenção de suas existências enquanto indivíduos, pois já não contemplam mais um Estado que se propõe a mantê-las através da oferta de uma infra-estrutura mínima²⁶³ - saúde, educação, segurança, emprego, Justiça - não se incomodarão com o risco contínuo que o Estado Brasileiro corre de perder a federação Amazônica, exceto se chegar a ocorrer um conflito armado e os seus forem chamados para defender os interesses nacionais (interesses não mais vistos como comum a toda a população), pois aí se voltaria a lidar com questões de interesse imediato do indivíduo e não mais com as questões mediatizadas pelo interesse coletivo. E muitos ainda insistem em tentar "compreender" o fenômeno da violência desconectando-o deste contexto! O período de redemocratização levou a população a olhar as entidades militares com um certo desprezo, para não dizer desejo de vingança, o que permite que a falta de orçamento destas, que são as únicas capazes de salvaguardar as fronteiras nacionais, levem-nas a um sucateamento. A internacionalização é uma forma de transmitir a soberania sobre o território nacional às mãos das grandes potências internacionais; que são as que realmente gozam o fruto deste processo. É óbvio, porém, que algumas questões devem ter prioridade na pauta do dia das discussões, por exemplo, a questão dos desmatamentos,

²⁶² Se os opositores desta afirmação se dispuserem a abandonar as suas posições ideológicas em favor da realidade bastará que observem o discurso dos "justiceiros", ou melhor ainda, que observem o discurso da parcela significativa da população que apóia tais agentes paralelos da "justiça".

²⁶³ É a substituição do Estado do Bem-estar Social pelo Estado Mínimo.

da ação dos grileiros, da condição social e do desenvolvimento sustentável. Todavia, aqueles que desmataram os seus países e são os maiores poluidores do mundo, visto que grandes potências industriais, não podem ter a última palavra na questão da soberania da Amazônia Brasileira - tudo isto sem levar em conta a questão de que esta visão externa é por demais etnocêntrica. SANTOS, analisando o contexto histórico da questão amazônica, afirma que:

“A verdadeira questão amazônica, portanto, é um problema de nossos dias e creio que poderíamos defini-la como a crise profunda que afeta a sociedade regional e o seu ambiente natural, em decorrência de alterações demasiado rápidas em seu modo de vida, nos valores e em todas as variadas espécies de relações sociais, a partir do final dos anos sessenta, deprimindo ou cristalizando os baixos padrões de existência dos habitantes, degradando a natureza e suscitando no resto do País e no resto do mundo fundado receio de desastre.”²⁶⁴

Todas estas questões entram em jogo também no âmbito do Direito. Ao se observar o *Estatuto da Associação Juízes Para a Democracia* pode-se observar um anseio, uma luta justa, pela necessidade de superação, de resolução, de tais questionamentos sociais. Tal movimento simplesmente não aceita mais fingir que faz Justiça enquanto o ator social que bate às suas portas finge recebê-la. O objetivo é romper com um Direito que beneficia certas castas para impor um Direito que contemple a Justiça.

Na procura pelo parecer de alguns membros deste movimento pode-se destacar, entre outros, o do juiz VIDAL sobre a independência dos juízes. A posição dele é preciosa, visto que se trata de um assunto vital em contexto polêmico, que vem a ser a independência do juiz diante da opinião pública manipulada pela mídia. VIDAL afirma que o juiz, diante de tal confronto, não pode temer a opinião pública, pois, caso contrário,

“... bastaria,[...], que os meios de comunicação elegessem o acusado do momento, o Ministério Público pedisse a prisão preventiva independentemente de qualquer processo, e esses mesmos meios de

²⁶⁴ SANTOS, Roberto A. O. A questão amazônica e o direito: meio ambiente, soberania, dívida externa, desenvolvimento. *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo: Acadêmica, n. 1, p. 131, 1992. Diretor: Amilton Bueno de CARVALHO.

comunicação proclamariam a condução justa. Ao Judiciário caberia, tão-somente, homologar a decisão.”²⁶⁵

A posição do juiz não pode ser apenas a de dar ouvidos à opinião pública²⁶⁶, uma vez que deve atentar ao princípio da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório, etc. Porém, ao assumir esta posição corre o risco de transmitir à população a idéia de que não faz outra coisa a não ser permitir a criação de subterfúgio para a proteção de criminosos; quando não transmite juntamente a idéia de condescendência por interesses próprios, ou seja, por estar envolvido em um quadro de corrupção. No entanto, VIDAL lembra a opinião de um magistrado que afirmava que “no dia em que fosse obrigado a julgar de forma a agradar a opinião pública, melhor seria tornar-se juiz de concurso de miss”.

Não se pode deixar de fazer referência ao professor HIGA,²⁶⁷ Procurador do Estado de São Paulo. Ele assume que acima do Direito positivo deve haver a dignidade da pessoa humana, porém esta não é uma posição que, por si, pressuponha o Direito Alternativo, visto que se o Direito não tiver tal posição em seu horizonte acaba por perder o seu próprio sentido de ser.

Na busca de um rompimento com o formalismo, o juiz SOUTO MAIOR oferece uma preciosa contribuição; que vem a ser a revelação de que

“Não há qualquer segurança jurídica a ser preservada com o emprego do formalismo, pois que provoca mais descrédito ao Judiciário e ao próprio juiz, que passa a ser visto como uma espécie de ‘bobo da corte’- aquele a quem todos podem enganar, em razão das ciladas processuais - ou, pior, como partícipe de alguma tramóia.”²⁶⁸

²⁶⁵ VIDAL, Luís Camargo de Barros. O buraco é mais embaixo. *Juízes para a Democracia*, São Paulo, p. 5, abr. 2000. Publicação Oficial da Associação Juízes para a Democracia.

²⁶⁶ Insiste-se que não é deixar de dar ouvidos ao povo, antes é não se permitir ser manipulado por uma massa disforme; em que se transforma o povo quando manipulado pela “mídia”. Não se pode abdicar da razão em nome da emoção ou dos interesses promocionais, o que quase sempre é o objetivo último da máquina motriz da mídia, principalmente a televisiva.

²⁶⁷ HIGA, Renato Kenji. A dignidade da pessoa humana e o positivismo jurídico. *Juízes para a Democracia*, São Paulo, p. 2, abr. 2000. Publicação Oficial da Associação Juízes para a Democracia.

²⁶⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Verdade formal versus verdade real. *Juízes para a Democracia*, São Paulo, p. 10, abr. 2000. Publicação Oficial da Associação Juízes para a Democracia.

Mas o magistrado supracitado não embasa suas posições no ar, tampouco dispensa a racionalidade, como os pós-modernos, antes afirma que

“...não se está dizendo que o juiz deva afastar-se da técnica processual, mas que a técnica, se bem aplicada, deve fornecer ao juiz mecanismos que lhe possibilitem não se conformar com o resultado injusto do processo.”²⁶⁹

Afinal, segundo o Código de Processo Civil de 1939, “o juiz é o Estado administrando a Justiça”. SOUTO MAIOR concorda com VIDAL ao crer que o juiz não pode abandonar a técnica em nome do simples anseio popular, antes deve procurar o “melhor sentido da lei que, efetivamente, atenda aos postulados da constante construção de uma Justiça social”. Tampouco, deve-se assumir a defesa de uma limitação da atuação judicial.

Poder-se-ia, ainda, citar a posição do juiz José Roberto Lino Machado, sobre a necessidade de o magistrado, bem como dos demais operadores jurídicos, possuírem um conhecimento que transcenda o simples conhecimento técnico jurídico; do juiz Pedro Ivo de Arruda Campos, sobre o dever do Estado em não aplicar uma pena que venha a possuir o simples *status* vingativo; do juiz GOMES, sobre o projeto de reforma de Judiciário em curso na Câmara do Deputados²⁷⁰; entre outros. No entanto, limita-se a estes por crer-se que o objetivo de apresentar tal movimento já foi aqui alcançado²⁷¹.

2.2. A Contribuição do Movimento do Direito Alternativo

Na busca pela delimitação da denominação “Direito Alternativo”, LOBO informa que

²⁶⁹ SOUTO MAIOR, J. L. Idem. Ibidem.

²⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito*. p. 74.

“Sob a instigante denominação **Direito Alternativo**, é consabido, agrupam-se diferentes correntes, escolas e tendências jurídicas, tendo em comum a insatisfação com o Direito Estatal e, no plano epistemológico, a rejeição do positivismo jurídico e do jusnaturalismo tradicional. É forte a inclinação para uma sociologia do Direito de **combate**, na perspectiva da emancipação humana e da justiça social. Dentre essas mesmas correntes, há quem sustente que a própria denominação é equívoca, porque conotaria um Direito necessariamente contraposto ao Direito oficial. Afirmando o pluralismo das fontes e da aplicação do Direito, vêem o Direito como um todo, abrangente assim do Direito Estatal como do Direito extra-estatal, desde que emergentes da história e da realidade social, e voltados a uma práxis emancipatória. Daí a preferência por Direito achado na rua (grifos do autor).”²⁷²

Segundo WOLKMER,²⁷³ a expressão “Direito Alternativo” designava, no final da década de oitenta, uma disciplina ministrada na Escola de Magistratura do RS, coordenada pelo juiz CARVALHO.²⁷⁴ Porém, a imprensa vinculou-a a um grupo de juízes gaúchos que estariam “proferindo sentenças e resolvendo conflitos de forma não-convencional e progressista”. A expressão desdobrou-se a ponto de “configurar uma pluralidade de instâncias profissionais habilitadas a articular frentes de lutas dentro da legalidade instituída (o uso alternativo do Direito) e da legalidade insurgente a instituir (Práticas de pluralismo jurídico) etc”.

Já CARVALHO designa-o “como atuação jurídica comprometida com a busca de vida com dignidade para todos, ambicionando emancipação popular

²⁷¹ Deve-se reconhecer que ainda há uma grande carência de bibliografia sobre a Associação Juízes para a Democracia.

²⁷² LOBO, Paulo Luiz Neto. *Direito Civil Alternativo. Lições de Direito Civil Alternativo*. Organizador: Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, p. 11, 1994.

²⁷³ WOLKMER, A. C. *Introdução ao Pensamento Jurídico Moderno*. 2ª ed. Editora Acadêmica: São Paulo, 1995. p. 143-145 passim.

²⁷⁴ Horácio Wanderlei RODRIGUES, ao falar sobre a influência que o grupo de juízes alternativos europeus exerceu sobre os brasileiros, informa que: “O movimento dos juízes alternativos do Rio Grande do Sul tem sua inspiração principal nesse movimento europeu, também um movimento de magistrados. Foi exatamente para o estudo do ‘uso Alternativo do Direito’ que a Escola Superior da Magistratura gaúcha criou uma disciplina denominada de ‘Direito Alternativo’, ministrada por Amílton Bueno de CARVALHO”. Por que Direito Alternativo? (A insuficiência da crítica jurídica tradicional) - nota 3 - in RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. Editora Acadêmica: São Paulo, 1993. p.152.

com abertura de espaços democráticos, tornando-se instrumento de defesa/libertação contra a dominação imposta”²⁷⁵.

Ainda segundo WOLKMER, tomando como base as contribuições teóricas de CARVALHO e RODRIGUES, alguns critérios político-ideológicos essenciais do referido movimento são:

- “a) O Direito é um instrumento de luta a favor da emancipação dos menos favorecidos e injustiçados, numa sociedade de classe como a brasileira; consequentemente, descarta-se o caráter de apoliticidade, imparcialidade e neutralidade dos operadores e das instâncias de jurisdição;
- b) um dos principais objetivos do ‘movimento’ é a construção de uma sociedade caracterizada como socialista e democrática;
- c) a escolha metodológica de grande parte de seus adeptos é pelo método histórico-social dialético, utilizando-o numa interpretação juridico-progressista, cujo objetivo é explorar as contradições, omissões e incoerências da legalidade vigente;
- d) os ‘alternativos’ privilegiam como parâmetro nuclear, a efetivação da legitimidade das maiorias e a implementação da justiça social.”²⁷⁶

Um dos grandes méritos deste movimento é o de colocar o modelo positivista dogmático de ensino jurídico em xeque, bem como o de questionar o brio lógico-normativo da atividade do jurista. Há alguns que insistem em caracterizar este movimento de pós-moderno; do que aqui há de se discordar visto que tal movimento não se dissocia da teoria crítica²⁷⁷. RODRIGUES diz que “a pós-modernidade é européia, não latino-americana”.²⁷⁸ SOUTO chega a afirmar que “a idéia de um pluralismo jurídico não é de hoje, não é **pós-moderna** (grifo nosso)”.²⁷⁹ SOUTO ainda delimita o Direito alternativo num plano de oposição ao Direito estatal; com este intuito realiza uma análise etimológica, identificando a palavra latina “alter”, origem do termo alternativo, com o seu significado lexicográfico, ou seja, outro. Daí o Direito Alternativo ser

²⁷⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo. Direito Alternativo na Jurisprudência*. Diretor: Amilton Bueno de Carvalho. São Paulo: Acadêmica, p. 8, 1993.

²⁷⁶ WOLKMER, A.. C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. p. 143-145 *passim*.

²⁷⁷ Muitos, aliás, são os que se referem a HABERMAS e à Escola de Frankfurt, logo, numa clara posição racionalista e anti-pós-moderna; a menos que se queira admitir que tais doutrinadores citam HABERMAS sem entendê-lo, o que não é a pretensão aqui.

²⁷⁸ RODRIGUES, H. W. *Ensino jurídico e direito alternativo*. p.154.

²⁷⁹ SOUTO, Cláudio. *Tempo do direito alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997. p. 95.

outro em relação à legalidade estatal. Porém o mesmo autor faz uma observação: “nem todo Direito é alternativo porque Direito e legislação podem coincidir, isto é, a legislação pode ter conteúdo jurídico. Ao passo que Direito **alternativo** e legislação estatal são sempre reciprocamente desviantes (grifos do autor)”. Entende-se que esta oposição é necessária para a realização de um processo de transformação, embora a oposição não pressuponha uma rebelião anárquica e sem sentido. Presume-se que o objetivo último do movimento que luta por um Direito Alternativo é gerar uma fundamentação ética estatal no âmbito do Direito, pois é a luta por um Direito que pensa no bem comum do outro, do menos favorecido - talvez por isso mesmo seja tão facilmente adaptável à teoria habermasiana do agir comunicativo, respeitando, logicamente, suas limitações no que concerne à América Latina. Segundo. RODRIGUES “o Direito Alternativo, em relação à maioria dos movimentos críticos anteriores inova. Ele faz uma opção pelos pobres, - uma opção prática e não apenas retórica como se via anteriormente”²⁸⁰. Sem o movimento dialético da antítese à tese de Direito estatal as normas vigentes durariam *ad infinitum*; sendo impossível qualquer possibilidade de síntese. Apesar de não pressupor o Movimento do Direito Alternativo como última instância para a realização do Direito, isto é, apesar de não visualizar a implantação das normas do Movimento do Direito alternativo como estágio final de evolução do Direito, deve-se crer que este movimento é um caminho necessário para a evolução das transformações sociais. Há de se insistir que

“A atuação dos ‘Alternativos’ não fere o Estado democrático de Direito (na medida em que este é fruto de uma conquista que não se quer reverter, mas ampliar). Sua atuação tem por objeto a contestação **política** da maneira tradicional de conceber e aplicar o Direito. Não significa o abandono da racionalidade formal em troca do subjetivismo, mas a construção de uma **nova racionalidade jurídica**, que hoje não existe senão em estado embrionário (grifos do autor).”²⁸¹

²⁸⁰ RODRIGUES, H. W. *Ensino jurídico e direito alternativo*. p.153.

²⁸¹ DAMASCENO, Rafael. *Considerações Sobre o Estado, Direito e Mudança Social. Razão e Racionalidade Jurídica*. Organizador: Edmundo Lima de Arruda Jr. São Paulo: Acadêmica, p. 71, 1994.

Ainda há os que crêem que as sentenças do Juízes Alternativos partem da simples “doxa”. Estes supõem que, uma vez que os defensores do Movimento do Direito Alternativo se opõem ao positivismo, a técnica processual se tornaria dispensável no embasamento das decisões judiciais. Contra este lugar comum que tomou conta das mentes menos argutas escreve CARVALHO:

“A outra contribuição do movimento do Direito Alternativo [...] Está, no específico, em resgatar a dignidade da técnica, ao reconhecê-la como elemento indispensável para que a crítica aterrise, ou, mais claramente, que ela se torne viva, chegue até o mundo das partes. E para que o técnico desperte, também do seu local específico, para a importância do instrumental processual como elemento indispensável à democratização do jurídico. Demonstrando, deste lugar, o desgaste deste instrumental e crie novas possibilidades democratizantes.”²⁸²

É bem verdade que o ilustre magistrado também afirma que “no que tange ao subjetivismo do juiz ao negar aplicação da lei, é de se ter claro que toda e qualquer decisão, seja legislativa ou não, passa necessária e obviamente pelo subjetivismo do julgador”.²⁸³ Porém, tal posição não leva a um Direito que prescinde da técnica. O que se pode retirar desta afirmação é que o juiz, bem como o legislador, possuem uma noção de bom, de justo, de verdade, etc. Esta noção os dirigirá quando da elaboração e da aplicação da lei. Todavia, este subjetivismo não é uma visão imediata que o indivíduo possui da realidade, antes é uma visão mediatizada pelos valores comuns à sociedade que foram implantados no sujeito. Logo, a interioridade já traz em si uma certa exterioridade, ou seja, os que julgam e legislam, verdadeiramente, em nome do povo estão revestidos de uma subjetividade que reflete a coletividade. Deixando-se, porém, esta discussão para a psicanálise, o que se busca concluir disto é que a “doxa” do julgador, ainda que presente no ato de julgar, não se sobrepõe à técnica.

²⁸²CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Alternativo e Processo. Lições Alternativas de Direito Processual*. Organizador: Horácio Wanderlei Rodrigues. São Paulo: Acadêmica, p. 12, 1995.

²⁸³CRESCI SOBRINHO, Elcio de. *Justiça Alternativa e Sentimento*. *Revista de Direito Alternativo*. Diretor: Amilton Bueno de Carvalho. São Paulo: Acadêmica, n. 2, p. 83, 1993.

Na busca pela sistematização, ainda que sem pretensões apologéticas, este trabalho se detém no veio jurídico alternativo ao defender o juiz como criador do Direito, ao questionar a neutralidade, a cientificidade do Direito e o legalismo; defendendo, no lugar deste, a legitimidade - RODRIGUES ensina que “o deslocamento efetivado pelo **Direito alternativo**, ao substituir a legalidade como elemento de aferição do que é Direito, pela legitimidade, é o primeiro passo rumo à construção do seu próprio objeto de trabalho (grifos do autor)”.²⁸⁴ A posição aqui assumida, segundo o convencimento do autor, pretende-se racional, justa e lógica, no sentido de que a tendência natural dos esforços humanos, bem como de suas instituições, deve ser a evolução.²⁸⁵ Entende-se assim que a resistência à evolução natural do Direito e das instituições humanas é antinatural. Essa posição representa, aos olhos do senso comum,²⁸⁶ no mínimo, uma inversão, visto que os juízes e a instituição judiciária sempre assumiram um papel conservador diante da sociedade. Desta forma, é óbvio que, movimentos como os que aqui têm sido abordados serão vistos como desvios da norma vigente, por defenderem posição progressista e posturas críticas. Tal fenômeno causa estranheza e um desejo instintivo de destruição do que não se compreende. Esta postura agressiva, no entanto, deve ser relativizada, pois cabe às mentes mais evoluídas a prática pedagógica e não o rancor, que é característico de mentes inferiores. Resumindo, pode-se dizer que

“O Direito Alternativo rompe com o saber positivista não tem o Direito como neutro, mas sim expressão da vontade de determinada classe. Não se funda basicamente no Direito positivado, mas avança pelos caminhos abertos pela luta dos pobres, alargando, assim, o foco do Direito. Abandona qualquer atitude dogmática, atuando sempre na busca do valor maior, a justiça.”²⁸⁷

²⁸⁴ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. p.167.

²⁸⁵ Se uma consequência necessária é o envelhecimento, a destruição e o caos isto já independe dos esforços humanos, aliás, a luta humana é justamente contra esta etapa natural. Todo homem morre, todo império cai, mas o objetivo de alcançar a transcendência se manterá enquanto a espécie humana permanecer no mundo.

²⁸⁶ Entende-se senso comum não como falta de conhecimento geral, pois daí estariam excluídos os operadores do Direito, mas como falta de visão crítica; motivo que permitirá a visualização de muitos analfabetos do povo como filósofos e muitos junistas aquém destes.

²⁸⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e direito alternativo*, apud HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e utopia*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.101.

Vê-se, assim, que o movimento pelo Direito Alternativo não é contra a lei, mas é a favor de leis justas. GARCIA afirma que “no que tange à magistratura, a partir da ótica Alternativa, ela deve construir um espaço, onde o juiz passa a fazer da judicatura uma atividade transformadora, como um agente histórico em favor da comunidade”.²⁸⁸ Onde está, pois, a aberração que muitos enxergam neste movimento? Não há tais aberrações, estas são quimeras nas mentes tradicionalistas e irracionais que ainda defendem, muitos por interesses pessoais²⁸⁹ e outros por ignorância, um modelo ultrapassado de Lei, de Poder Judiciário, de Justiça e de juiz. É bem verdade que o uso do Direito Alternativo não está prometendo a realização de milagres ou a resolução dos conflitos modernos, o que transcende não só o Direito, disciplina teórica, mas que pressupõe uma práxis, como qualquer disciplina acadêmica. O mundo está em crise, isto é, a racionalidade neoliberal reinante já não responde pelos apelos feitos por um mundo esgotado. Além da falta de fundamentação para os problemas mundiais, como os problemas ecológicos, por exemplo, a racionalidade reinante ainda se depara com o problema do nível de complexidade atingida pelo Estado Democrático Moderno. Sobre este problema CICHOCKI NETO afirma:

“O moderno Estado Democrático atingiu nível de complexidade tamanha que, embora não se possa considerar definitiva, ante o processo perenemente dinâmico com que se desenvolve a sociedade, pode ser considerado singular em relação aos regimes democráticos do passado. A dialética que envolve o próprio conceito ideológico do Estado, expresso por inúmeras teorias sobre sua natureza, fins e funções, é circunstância que denota seu dinamismo conceitual e ideológico. O constante aprimoramento de suas instituições, a modernização e atualização de suas funções e atividades e, portanto, de toda sua organização política, social, econômica e jurídica, são fenômenos que indicam a constante mutação da sociedade, com

²⁸⁸ GARCIA, Juvêncio Gomes. *Função criadora do juiz*. 1 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 104.

²⁸⁹ Afinal, “Nicolás M. López Calera, catedrático de filosofia do Direito na Universidade de Granada, ensina que o uso alternativo do Direito serve ao processo de emancipação da classe trabalhadora na luta contra a classe burguesa e capitalista” (grifos nossos). CALER, N.M.L.; LÓPEZ, M.S.; ANDRÉAS, I.P. Sobre el uso Alternativo del Derecho apud CARVALHO, A. B. Lei N° 8.009/90 e o Direito Alternativo in Lições de Direito Alternativo. Organizador: Edmundo Lima Arruda Jr.. São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 55.

sobrelevação de novos valores e aspirações do homem (grifos do autor).”²⁹⁰

Há de se reconhecer, desta forma, que o Poder Judiciário deve responder ao apelo deste momento histórico, reconhecendo que o atual paradigma jurídico, sobre o qual se fundamenta sua estrutura, não mais corresponde às exigências impostas pela sociedade contemporânea. Este reconhecimento, contudo, não pode ficar apenas no âmbito da concordância teórica, mas deve se expressar através da contribuição efetiva para a criação do novo paradigma - o diálogo com o Direito Alternativo, o que hoje não ocorre, visualizando este como um possível paradigma, já seria um passo importante. Há de se admitir, porém, que, na busca pela democratização do Poder Judiciário, ninguém, até o presente momento, pode apresentar um novo modelo pronto em seu todo. Tal dificuldade remonta, justamente, à complexidade atingida pelo Estado.

Todavia, o conformismo e/ou a irracionalidade não devem ser o refúgio dos angustiados, dos explorados, dos realistas ou dos sonhadores, dos filósofos e sociólogos ou dos analfabetos e marginalizados. Há uma luz no fim do túnel, embora existam algumas pedras no meio do caminho.

Ainda sobre a *práxis*, reporta-se a MOREIRA PINTO, que, ao abordar a relação existente entre o Direito e os novos movimentos sociais,²⁹¹ constata que a busca da Justiça muitas vezes afasta o ator social da legislação positiva, visto que “os movimentos atuam vinculando as necessidades sociais a direitos, e sobrepondo esses direitos às leis”.²⁹² Mais uma vez a questão é o confronto da legalidade com a legitimidade, porém não mais no plano teórico, antes na *práxis* da atuação político-social. Confirma-se assim que, também no plano extrateórico, o estar contra a lei positiva não é um estar fora da lei, mas é um gerar a lei a partir de sua base *sine qua non*, ou seja, a partir do povo. Somente uma mente alienada não confere às leis uma base humana - as leis existem por causa dos homens e não os homens por causa das leis -, as leis são uma

²⁹⁰ CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 26.

²⁹¹ MOREIRA PINTO, João Batista. *Direito e novos movimentos sociais*. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 23.

²⁹² MOREIRA PINTO. *op. cit.* p. 61.

criação humana, portanto, estes mesmos homens podem mudar a lei; isto já foi visto no plano teórico agora, porém, sustenta-se isto no campo próprio do mundo da vida. Esta é uma inovação no Direito Brasileiro? No plano teórico não, aliás, é pressuposto do Direito em qualquer sociedade democrática, mas a sua *práxis* sim é uma inovação que não pode ser retirada do mérito dos movimentos em prol de um Direito, cada dia, mais democrático - que muitos, assumindo uma clara posição ideológica e antidemocrática, chamam, pejorativamente, de Alternativo. O termo Alternativo, como tem sido visto, não possui um sentido pejorativo, antes é o respiradouro que, devido à necessidade que urge, se poderia chamar de natural; caso não se queira uma sociedade que, sem o acesso ao Direito, venha a implodir em conflitos.

Analisando as principais dificuldades de implantação de uma visão holística do que vem a ser o Direito, em outras palavras, "sintetizando os principais obstáculos à mudança de postura do Judiciário diante da lei",²⁹³ ROCHA identifica alguns obstáculos, que são:

- "a) sua estrutura burocrática-hierarquizada, caracterizada pelo fato de o exercício do poder, na instituição, concentrar-se nos tribunais, quer o poder jurisdicional, quer o poder de governá-la, o que restringe, seriamente, a independência da magistratura de primeiro grau, a mais apta a promover a adequação do Direito às necessidades atuais da sociedade, dada sua relativa proximidade do povo;
- b) a formação intelectual da magistratura, de corte dogmática, que, por sua própria natureza, fecha a possibilidade de conhecer a realidade extranormativa;
- c) o difícil acesso do povo ao Direito (informação jurídica) e ao Judiciário (exercício do Direito por intermediário do Judiciário), a comprometer o funcionamento do Estado social e democrático de Direito e, em consequência, o processo de transformação da sociedade propugnado pela Constituição."²⁹⁴

Confrontando estas dificuldades, ROCHA apresenta algumas estratégias para superá-las, entre as quais estariam as seguintes:

- "a) Para o problema da burocratização do Judiciário só há uma solução: democratizar o exercício do poder através da participação de

²⁹³ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. p.121.

²⁹⁴ ROCHA, J. de A. *Idem*, *ibidem*.

todas as categorias de magistrados, pelo menos na gestão administrativa da instituição.

b) quanto à formação intelectual da magistratura, de cunho dogmático, a alternativa é mudar a metodologia de abordagem do Direito, substituindo-se a dogmática, fechada à realidade social, política e econômica, por uma metodologia interdisciplinar que, como indica o nome, abre a possibilidade de estabelecer uma comunicação articulada entre o Direito e as outras ciências da realidade social, circunstância a permitir ao magistrado uma permanente harmonização do Direito às aspirações da sociedade [...].

c) sobre o acesso do povo ao Direito e ao Judiciário, a opção, é: primeiro, levar a informação jurídica à população ...”²⁹⁵

Concorda-se com ROCHA sobre o caminho de superação dos obstáculos citados, e ainda, a título de colaboração, pode-se frisar a necessidade de se levar o conhecimento jurídico à população. Além do que foi apresentado pelo autor supracitado, pode-se visualizar a possibilidade de implantação de uma disciplina sobre as noções básicas de Direito ainda no ensino médio²⁹⁶. Se uma formação visando à cidadania fosse conferida ao aluno do ensino fundamental e médio, período em que a sua própria personalidade está em formação, este não poderia ser contagiado pelo dogmatismo positivista durante a graduação. São os graduados, os bacharéis, que virão a ser magistrados. Um processo contínuo de formação interdisciplinar para os magistrados é de vital importância, mas há de se contemplar que o mal deve ser combatido em sua raiz. O pensamento filosófico sempre se propôs

²⁹⁵ ROCHA, J. de A. *Estudos sobre o poder judiciário*. p.122

²⁹⁶ Recentemente houve uma reformulação do ensino fundamental e médio brasileiro. Algumas disciplinas extremamente úteis para a formação da cidadania, como a filosofia e a sociologia, tiveram seu espaço nesta nova visão de ensino. Pode-se considerar tal mudança, neste aspecto específico, como um avanço conceitual. Porém, o Direito, que permeia todas as relações sociais, não foi contemplado. É óbvio que o técnico de cada área de conhecimento deve visualizar a ausência de sua disciplina da mesma forma - assim, por exemplo, o médico deve defender que o aluno que venha a sair do ensino médio possua, pelo menos, conhecimentos básicos de saúde e medicina (no mínimo primeiros socorros), com o que há de se concordar inteiramente. E como não há de se lastimar pela falta irreparável do ensino de fundamentos teológicos; falta esta que possui efeitos sociais enormes e que não pode ser suprida com o ministrar de uma simples disciplina de Ensino religioso ou de Orientação Para a Vida (OPV). Todavia, deve-se atentar para o fato de que o ensino médio possui um tempo determinado para a transmissão de seus conhecimentos, logo, se fossem inseridas todas as disciplinas necessárias o curso se tornaria por demais extenso. Assim, algumas disciplinas devem possuir prioridade em detrimento de outras. Mas quais devem ter prioridade? Qual seria o critério? Tais questões pedagógicas são por demais extensas para serem abordadas por lei, contudo a resposta não deve contemplar apenas o que é útil para a inserção no mercado

radical, no sentido de ir à raiz das questões - o que levou os filósofos a investigar o ser, a essência, a existência, os universais, etc. -, mas os saberes técnicos se satisfazem em esperar o manifestar dos fenômenos para tentar corrigir as distorções. Já que se está defendendo uma interdisciplinariedade, que contemple a possibilidade da filosofia permear esta busca pela superação de tais obstáculos e se vá realmente à raiz das questões. Já em diversos momentos foi defendida a necessidade de uma reforma no ensino jurídico, porém este já é um ensino técnico; neste estágio o estudante já traz consigo toda uma carga de experiência de vida e de formação, e por isso se faz imprescindível regredir aos níveis iniciais de formação. É lógico que cabe ao Direito gerar uma visão crítica em seus discípulos, mas não cabe a ele gerar a educação. PLATÃO, por meio de seus diálogos socráticos, já contemplava o filósofo como maieuta. O conhecimento não seria transmitido, mas deveria ser despertado - o filósofo seria o guia do processo de anamnese. Este gancho servirá para a defesa de que o estudante não deverá se formar, enquanto cidadão, no Direito, antes este deverá capacitar os que já são cidadãos para busca da realização do bem na *pólis*. Os casos contrários a este propósito são distorções. Deve-se admitir que estas distorções, hoje, são a regra; para isto basta observar que a maioria dos alunos dos cursos de Direito estão mais preocupados com as suas carreiras do que com a Justiça. A culpa, no entanto, não é dos alunos, mas da lógica liberal que impera na sociedade atual; lógica que direciona as grades curriculares universitárias e a metodologia de ensino dos níveis básico e fundamental. Para se construir uma nova lógica faz-se necessária a construção de uma fundamentação social onde esta nova lógica poderá se estribar. Estas questões revelam que o Direito Alternativo transcende em muito o simples campo jurídico e alcança o limiar do Estado-nação em sua função máxima. Este objetivo pretensioso, utópico, é o dínamo para uma magistratura que não aceita se vender ao mercado à custa do sangue inocente de milhares de vítimas indefesas. Os magistrados são

de trabalho. Mas deve-se defender que o ensino do Direito, principalmente em um País que **ainda está em vias de democratização** não pode deixar de ser contemplado.

príncipes²⁹⁷ no meio do povo e como tais devem assumir a sua primazia em favor daqueles que verdadeiramente lhes sustentam o poder e em nome de quem devem julgar.

3. À Procura de uma Concepção Democrática do Judiciário Brasileiro

Fazendo eco em favor de uma posição de luta por um Poder Judiciário defensor da relação entre a Justiça e o Direito, surge o movimento democrático no Poder Judiciário. Este se contrapõe ao caráter conservador do referido poder.

O curso da história humana revela o confronto de duas forças antagônicas: a que pertence aos interesses dos detentores do poder que lutam pela manutenção do *status quo* contra a que opera em sentido inverso, pertencente àqueles que querem mudança substancial, em razão da dinâmica do mundo.

O operador do Direito deve possuir o objetivo de buscar realizar o ideal de Justiça, deve ser crítico, humanista e buscar na aplicação do Direito a redução das desigualdades sociais. Tal profissional não pode aceitar a robotização de sua função, mas deve assumir o papel social que ela exige.

“Os operadores jurídicos, e em especial os juízes, devem assumir a dimensão ideológica do Direito. Devem, mais do que isso, dizer (motivação) em que tipo de ideologia fazem repousar a decisão judicial. De onde parte o vetor determinante da solução do caso decidido. Somente assim se conseguirá a transparência no universo jurisdicional, transparência esta exigida pelo Estado Democrático de Direito. A

²⁹⁷ Príncipes no sentido de principais, isto é, de ocuparem uma posição de destaque. Posição esta que lhes impõe uma responsabilidade, porque que o compromisso com esta é que lhe faz corresponder a tal lugar de destaque. Sem o compromisso com esta responsabilidade o príncipe se torna “bobo da corte”, lembrando-se das palavras de Jorge Luiz Souto Maior (apesar deste magistrado pertencer a Associação Juízes Para a Democracia e não ao movimento do Direito Alternativo há de se permitir a referência a este aqui, visto que tais movimentos não são excludentes, antes convergem para o mesmo alvo que é, a saber, a Democracia).

negação da ideologia muitas vezes não passa de mecanismo de ocultação da carga ideológica da decisão. Ocultação que impede ou dificulta o exercício do Direito de impugnação pelo jurisdicionado (duplo grau de jurisdição).” ²⁹⁸

O Brasil se constitui país privilegiado para tal exercício de cidadania, pois a posição do magistrado na estrutura política da nação difere de outros países.

“O juiz deve, no atual momento histórico, ter um compromisso com a justiça normativamente inscrita na Constituição Federal. E isso é perfeitamente possível no Brasil, já que aqui, ao contrário de outros países, todos os juízes exercem jurisdição constitucional (todos os órgãos do Judiciário são órgãos da Justiça Constitucional).” ²⁹⁹

Opõem-se a isso os formalistas, para quem o juiz deve ser “... neutro e imparcial” ³⁰⁰, e afirmam que:

“Os códigos não deixam nenhum arbítrio ao intérprete. Esse não faz o Direito porque já o encontra realizado;
A única fonte do Direito é a lei;
A ciência jurídica deve estudar, sem formular juízos valorativos o Direito positivo vigente.
A atitude científica dos juristas baseia-se na aceitação sem questionamento do Direito positivo vigente.
O conhecimento do Direito é um saber desvinculado de toda preocupação sociológica, axiológica, econômica, política ou antropológica. As teorias jurídicas produzem um conhecimento ideologicamente neutro.” ³⁰¹

Contrapondo-se a afirmação de que a única fonte do Direito é a lei, nos fala LOPES que a lei não é auto-suficiente, pois é:

“... o cotidiano da vida que fornece ao Direito o material para a construção do ordenamento jurídico, na conformação sistemática,

²⁹⁸ CLÈVE, C. M. *Temas de direito constitucional* (e de teoria do direito). São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 48.

²⁹⁹ CLÈVE, op. cit. p. 46.

³⁰⁰ WARAT, L. A. *Introdução geral ao direito I* — interpretação da lei: temas para uma reformulação. p. 55.

³⁰¹ WARAT, L. A. *Idem*, ibidem.

segundo a qual preceitos são determinados e sustentados por uma comunidade social.”³⁰²

Há como se opor a cada exigência e afirmação formalista, por exemplo, a exigência da neutralidade do juiz é desmitificada por CLÉVE, ao afirmar que:

“Há um certo mito quanto à imparcialidade e neutralidade do juiz. O juiz é um ser humano e não alguém que esteja acima do bem e do mal. Enquanto ser humano, ele não pode deixar de sofrer a influência do meio onde vive. Além do mais, hoje já está demonstrado que o juiz não constitui mero aplicador da lei despido de vontade; um órgão neutro, surdo e mudo, que nada mais faz do que solucionar o caso concreto, aplicando não a sua vontade (decisão), mas sim aquela antes pronunciada pelo Legislador. Muito mais do que isso, o juiz participa ainda que procure negá-lo, ativamente do processo de formação e eterna reconstrução da ordem jurídica. Logo, possui vontade; não constitui um autômato, escravo da técnica surrealista e mentirosa do silogismo.”³⁰³

A posição do juiz diante de um Código pode servir de esconderijo para as verdadeiras concepções do magistrado. Tal posição é não somente ensejada, mas também exigida pelos formalistas. Porém deve cair diante de uma concepção crítica da realidade. A alienação não pode e não deve imperar. Essa posição é corroborada por afirmações de renomados juristas como, por exemplo, WARAT:

“Em face do discurso da lei, os juristas desenvolvem práticas interpretativas que forçam o silêncio sobre suas condições políticas, facilitando respostas gravemente patológicas (esquizofrenia e outros sintomas) e escandalosos desejos instituídos de alienar, excluir e omitir. Uma intenção de mostrar um estado de certeza, sem possibilidades de dúvida ou questionamento. Mecanismos de idealização, que recaem sobre uma “força alienante”, que fazem dos intérpretes dos discursos jurídicos, simples produtores alienados que reivindicam para si o desejo de alienar os outros em nome de crenças e princípios acreditados como uma **boa causa** (grifo nosso).”³⁰⁴

³⁰² LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p.170.

³⁰³ CLÉVE, op. cit., p. 46.

³⁰⁴ WARAT, L. A. *Introdução geral ao direito I* — interpretação da lei: temas para uma reformulação. p. 20.

Os juízes precisam ter uma mudança de mentalidade , não podendo se omitir na responsabilidade política e ética para com a comunidade em que vivem e judicam, sob o manto da neutralidade.

O juiz, realizador do ideal da Justiça no caso concreto, deve ter uma mentalidade diferente da tradicional. Deve ter uma perspectiva social, histórica, axiológica e moral ao decidir.

O ambiente natural do juiz foi muito bem relatado pelo professor WARAT, quando afirmou que:

“Nas atividades cotidianas — teóricas, práticas e acadêmicas — os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação. Pode-se dizer que estamos diante de um protocolo de enunciação sem interstícios. Um máximo de convenções lingüísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para reificar o mundo compensar a ciência jurídica de sua carência. Visões, fetiches, lembranças, idéias dispersas, neutralizações, que beiram as fronteiras das palavras antes que elas se tornem audíveis e visíveis, mas que regulam o discurso, mostram alguns dos componentes chaves para aproximar-nos da idéia do senso comum dos juristas.[...]

Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do segredo. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é indispensável (até o momento) da história do poder.”³⁰⁵

O juiz que se omite sob as sombras da neutralidade torna-se um indivíduo perigoso para o próprio sistema: “Pior todavia do que o que pretende decidir ocultando a ideologia é aquele que decide ideologicamente, imaginando que age de modo neutro, imparcial e coerente com a verdade”.³⁰⁶

³⁰⁵ WARAT, L. A. Idem. p.13-15.

³⁰⁶ CLÈVE, C. M. op. cit. p. 48.

FOCAULT, em sua busca teórica pelo desvelamento das estruturas de poder, detectou a dominação presente no sistema de Direito:

"O sistema do Direito, o campo Judiciário são canais permanentes de relações de dominação e técnicas de sujeição polimorfos. O Direito deve ser visto como um procedimento de sujeição, que ele desencadeia, e não como uma legitimidade a ser estabelecida." ³⁰⁷

Essas relações são negadas continuamente. Todavia, não é fácil encontrar um operador do Direito que assuma tais consequências oriundas de um sistema de Direito imposto pelos detentores do poder temporal.

Essas abstrações podem ser detectadas mediante uma visão crítica do Direito. Um dos grandes defensores dessa teoria no Brasil assim nos relata a constatação de tal consequência:

"É sabido que a lei pretende justificar-se por sua função de garantia contra as violências ilegítimas ressaltando a imagem de um reinado abstrato, neutro e universal. Desta maneira os saberes comuns do Direito, o "senso comum teórico dos juristas", deslocam para o território das abstrações perfeitas as necessidades negadas pelas relações de dominação." ³⁰⁸

A técnica processual, como constatou AZEVEDO, não garante a tão pleiteada neutralidade, pois "Contrariamente àquilo que desavisadamente pode-se pensar, a técnica processual não é neutra, refletindo o contexto histórico dos diversos Estados, o estágio cultural em que se encontram, e as ideologias dominantes". ³⁰⁹ Por este motivo, não basta que o juiz conheça as leis, mas é necessário que ele alie este conhecimento a uma perspectiva social, histórica, cultural e moral ao decidir. ³¹⁰

Finaliza-se tal abordagem com a certeza de que o Poder Judiciário precisa de assumir uma posição enquanto integrante de um quadro político-social que lhe é totalmente favorável, pois não sendo livre de pressões ideológicas pode derrubar o bastião da neutralidade.

³⁰⁷ FOCAULT, Michael. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1999. p. 182.

³⁰⁸ WARAT, L. A. *Introdução geral ao direito I — interpretação da lei: temas para uma reformulação*. p. 22.

³⁰⁹ AZEVEDO, P. F. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. p. 60.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chega-se ao término do presente trabalho, mas não à sua conclusão, pois o que aqui se pretendeu não foi apresentar uma solução às questões levantadas. Antes, a pretensão foi a de formular, de maneira clara e coerente, as indagações contemporâneas a fim de alcançar, interdisciplinarmente, a construção de uma racionalidade que desse conta de gerar uma teoria do conhecimento que abarcasse, de maneira elucidativa, a atual crise; fazendo, desta forma, que ela deixasse de ser crise. Desta forma, por meio do objeto que aqui foi delimitado, ou seja, o Estado, buscou-se dar vazão a demanda atual; construindo-se, assim, um novo horizonte de interpretação. Por este motivo afastou-se das interpretações pós-modernas. Pode-se criticar a racionalidade, mas até para criticá-la não se abre mão dela; caso contrário, como se fazer compreendido?

Não se pode visualizar nesta fase do trabalho uma mera estrutura técnica obrigatória, sendo assim não se utiliza este espaço para a realização de uma síntese do que foi dito anteriormente, mas procura-se mostrar a coerência lógica da exposição precedente por meio das posições presentes. Poder-se-ia afirmar, sem medo de errar, que a derrocada do mito da neutralidade e a insistência na exigência da imparcialidade possuem uma posição de destaque em toda a abordagem que até aqui se desenrolou. Pretendeu-se mostrar que, no que respeita à atividade jurisdicional, assentada sob uma base territorial, seria utópico pensar em um juiz absoluto e irremediavelmente neutro, cuja toga, suficientemente impermeável, o impedisse de sentir as pulsações do clamor da sociedade em que se insere. Ao contrário, o juiz de hoje, e o juiz que todos esperam ter nos templos da Justiça, é um juiz cujas normas jurídicas, a qual presta vassalagem, não o impeça de mostrar-se sensível e, porque não dizer, chocado com as desigualdades da sociedade onde presta a sua função. Assim é que muitos juízes (e tribunais), ao abrigo da neutralidade, acabam por se assemelharem mais a autênticos pareceristas, fazendo ressaltar, em seus pronunciamentos,

³¹⁰ BARBOSA, J.C. T. op. cit. p. 58.

muito mais a força dos seus argumentos, de sua retórica e de sua erudição jurídica, do que a necessária compreensão das angústias que aquela mesma sentença deveria acudir. Ao juiz de hoje, hão de ser subministradas a logística e a cultura necessárias à superação daquele antigo e nefasto dogma. Ao juiz de hoje, deverão ser fornecidos novos ensinamentos e a nova escala axiológica. Com esse arsenal, será possível ao julgador, sem descuidar de sua imparcialidade, aproximar-se mais da sociedade local. Não advogamos aqui a possibilidade de a sociedade criar voluntária e espontaneamente as normas do Direito positivo; isso ela faz por meio dos costumes. O que sustentamos é que as normas dos códigos sejam aferidas e confrontadas, dia a dia, com os valores contemporâneos da sociedade local. Para tal mister, deverá o juiz despir-se da pesada e hermética toga, calçar as sandálias do pescador e vestir as luvas do pedreiro.

A imparcialidade, todavia, se vela e se desvela na pessoa de um indivíduo que carrega em seus ombros, diante da sociedade, o peso do Estado, ou seja, na pessoa do homem-juiz. Indivíduo que se faz “ser pessoa” na relação com outros indivíduos. Na relação Estado *versus* cidadão é na figura do juiz que o Estado se personifica.

O juiz tem não só poder, mas também o dever de julgar. Tal poder deve ser exercido, porém com a devida sabedoria. No passado, somente os anciãos e os valentes que possuíam uma larga experiência de vida tinham este *status*. Hoje, porém, qualquer bacharel pode ocupar esta posição, pois a magistratura se converteu em técnica, a Justiça em lei e o Direito em instrumento. É contra esta estrutura falida que se levanta o brado de todos os que buscam um novo Direito. Busca-se exercer o ato de julgar, mas com a coerência devida.

Aqui, procurou-se realizar, na medida do possível, uma contextualização histórica. Com isto observou-se o peso da tripartição do poder. Com certeza, para os contemporâneos desta teoria, não foi ponto pacífico aceitá-la, pois o que estava em jogo era o poder e uma visão tradicional deste poder. O ser humano é comodista, a inércia não é uma lei apenas das ciências naturais. A destruição de um ponto de vista tradicional

para a construção de um alternativo demanda esforço, e isto é incômodo. Este fato leva à compreensão do motivo pelo qual se levantam tantas críticas aos movimentos democráticos que fazem parte da âmbito jurídico. Afinal, para que aceitar que a ciência do Direito, na verdade, não é uma ciência, mas “apenas” um saber? O Judiciário é o desaguadouro dos conflito de interesses, mas qual é o lugar em que se há de desaguar os conflitos de interesse do próprio Poder Judiciário? Se este lugar for o Legislativo, o Judiciário estará abdicando de sua autonomia;³¹¹ se for a sociedade, estará abdicando de sua autoridade; se for a academia, estará abdicando de sua intelectualidade. Porém, o debate sobre o Judiciário pode e deve passar pelo Legislativo, pela sociedade e pela academia, mas a provocação precisa ser gerada pelo próprio Judiciário e a decisão final não pode ser realizada sem a iniciativa deste mesmo Poder. Seria ilógico se a conclusão deste fato fosse outra, pois qual seria o local do juiz enquanto criador de novos Direitos se este não pode gerir o seu próprio poder? Quem entrega a sua casa para ser vigiada por um ladrão? Se o Poder Judiciário não pode resolver os seus próprios conflitos o que levaria a sociedade a ofertar-lhe os seus para serem por ele resolvidos?

Quando se defendem as garantias da magistratura no Direito Brasileiro não se está defendendo uma rede de privilégios, antes está se defendendo o Direito; ou será que empiricamente o Direito para a sociedade não se constitui naquilo que se pede e o juiz concede? Que bradem os teóricos, pois este brado será abafado pelos gemidos dos injustiçados que batem insistentemente à porta da Justiça humana sem que esta se abra; mais justo era o juiz iníquo da parábola do Salvador Ungido³¹², que realizou a Justiça para se ver livre da pleiteante, do que os togados legalistas que nem por isto se incomodam.

Dentre as garantias supracitadas não se pode extrair, ou melhor, deixar de inserir, o Direito do juiz, como agente do Estado que é, exercer o seu papel político. Não se pode negar que o medo de muitos dos opositores da figura do juiz como agente político, em vez de mero técnico legalista, passa pelo crivo do

³¹¹ Os juízes das Varas de família sabem que os casamentos cujos problemas são resolvidos na casa da sogra findam-se nos fóruns espalhados pelo país.

³¹² BÍBLIA. N.T. Lucas. Português. *Bíblia Sagrada*. Tradução: João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969. Cap. 18, v. 1-8. p. 106.

setor econômico, pois mediante a desigualdade socioeconômica ocorre o inevitável aumento dos conflitos e o Estado, como o ente chamado para a solução dos embates, deve se posicionar em favor de um mercado desumanizado ou de uma população excluída; que alguns, para evitarem a idéia de expulsão do centro para a periferia, chamam de “sobrantes” (informação verbal), isto é, eles não foram excluídos, mas sobraram e, por isso, devem se entregar a uma busca desenfreada pela profissionalização, pelos cursos de idiomas e de informática, etc., como se isto fosse, realmente, resolver os seus problemas.

Os “donos” do mercado e o poder econômico³¹³ determinam e influenciam a legislação, visto que patrocinam as campanhas políticas, logo, são credores de muitos. Todavia, o juiz recebe do povo, através da Constituição a legitimação formal de sua função. Este assume o seu *status* político mediante concurso público, com igualdade de condições para todos. Desta forma, não deve a sua posição a ninguém, podendo ser imparcial para julgar contra ou a favor do mercado. Tal indivíduo-Estado-político é deveras muito perigoso para que não se tente detê-lo das mais variadas formas possíveis; seja pela mudança na legislação presente, por meio de boatos e calúnias infundadas ou pela utilização da generalização de uma exceção, que vem a ser a presença de alguns que se desviam da honestidade e da moral no exercício de sua função. Todavia, nem mesmo estes opositores precisam temer tal função judicativa, pois o juiz não decide nem ordena como indivíduo e sim na condição de agente público; suas sentenças são embasadas e não fruto de um mero desvario. Na medida em que temos o juiz permeável, surge, então, a dúvida: serão todos os valores sociais que irão afetar o julgamento? Certamente que negativa é a resposta. Dá-se destaque, então, ao aspecto pedagógico da função jurisdicional. Ao juiz está reservado importante papel de agente transformador da sociedade local. Assim é que, é tarefa do juiz, após desvestir-se da neutralidade, buscar transformar a sociedade, orientando-a na direção de novos valores. Isso será feito sempre que o julgador se aperceber, com sua experiência de vida, que aquela determinada sociedade

está a cultivar valores e a prescrever regras de costume capazes de levá-la a mares revoltos. Dessa forma, quando o juiz atua como agente político todo o seu poder e autoridade está concentrado em aplicar a Constituição Federal “em favor da *Justiça* social”. Mas, ser *justo* ou não; ser equânime ou não, não pode ser, e não são, somente o resultado das convicções pessoais do juiz. É preciso mais! É preciso que o juiz busque a *idéia de Justiça*, não em si mesmo, como se fosse ele único repositório e o único destinatário de tão fulgurantes e voláteis conceitos, mas que a encontre após auscultar, com imparcialidade aquelas mesmas pessoas a quem dirigirá sua sentença, extraindo de seus depoimentos os valores emergentes naquela dada sociedade, naquele dado momento histórico, econômico e político.

Aqui a exigência posta ao juiz é de maior expressão, porquanto não poderá afastar-se das regras de conduta a ele ditadas pelas normas do processo, civil ou penal. Estas normas impõem ao julgador que dispense às partes igual tratamento. É uma igualdade, medida pelas desigualdades de cada um dos litigantes. Mas, como fazer o juiz acudir a essas desigualdades? Como fazê-lo perceber as diferenças econômicas e culturais de cada uma das partes? Será mesmo importante conhecer aquelas diferenças? Será a neutralidade o caminho a seguir neste desiderato? Pensamos que não. O juiz, irrefletidamente e contemplativamente prostrado diante do dogma da neutralidade, terá turvada a sua visão da realidade, e por conseguinte, da vida em si mesma. A neutralidade, aqui, usada como subterfúgio para a imparcialidade, será nefasta. É necessário que o juiz se aproxime das partes, colhendo delas todo manancial de informações, não só para o seu convencimento acerca de quem tenha razão, mas, sobretudo, para fixação do modo como irá conduzir o processo, desde o seu início, até final julgamento. Não é por outra razão que, com frequência, assistimos perplexos aos julgamentos dos tribunais, os quais, apreciando os recursos ofertados contra as sentenças monocráticas, ousam desafiar a argúcia do julgador, e acabam por desfazer toda a arquitetura erguida pelo juiz em total distanciamento dos

³¹³É uma informação e não uma denúncia. Afirma-se que podem fazer e não que fazem tais atos.

dramas vividos pelo julgador de primeiro grau. O juiz moderno é e deve ser continuamente, politizado, um verdadeiro arquiteto social do Direito.

Felizmente, o poder Judiciário tem procurado evoluir, e a prova cabal é a sua inserção em movimentos sociais crescentes, a sua defesa em prol dos direitos humanos e a sua busca por uma reestruturação contínua. Com esta visão encerra-se esta dissertação, evitando-se o teor apocalíptico, visto que, embora mostrando que há um alvo a ser atingido, revela toda uma dinâmica que procura soterrar as arcaicas e mórbidas estruturas de um Poder.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- AGOSTINHO, Santo. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- AGUIAR, Roberto Armando Ramos. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.
- AKEL, Hamilton Elliot. *O poder judicial e a criação da norma individual*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O órgão jurisdicional e a sua função*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. São Paulo: Ícone, 1989.
- ALVIM, Arruda. *Código de processo civil comentado*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- AMARAL, Leopoldino Marques do. *Poder judiciário: uma visão crítica*. Cuiabá: Tribunal de Justiça de Mato Grosso, 1988. p. 6.
- ANCEL, Marc. *Utilidades e métodos do direito comparado*. Porto Alegre: Fábris, 1998.
- ANDRADA, Doorgal Gustavo B. de. *As faces ocultas da justiça*. Belo Horizonte: Inédita, 2000.
- ANDRADE, Carlos Drumond de. *A rosa do povo*. Rio de Janeiro: Record, 1998.
- ANDRADE, Léo Rosa de. *Liberdade privada e ideologia*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- _____. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- ANDREAS, A. O princípio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Organizador: HESPANHA, A. M. B. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ANGELO, Milton. *Direitos Humanos*. São Paulo: LED, 1998.

ANSART, Pierre. *Ideologias, conflitos e poder*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

AQUINO, São Tomás. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

ARAÚJO FILHO, Evilásio Correa de. *Cidadania e legitimação do judiciário*. Curitiba: Juruá, 2001.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco, in *Os Pensadores*. São Paulo: Abril, 1980.

ARNAUD, André-Jean.; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARNAUD, André Jean. *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. de . *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

_____. *Direito moderno e mudança social: ensaios de sociologia jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. *Direito alternativo: notas sobre as condições de possibilidade. Lições de Direito Alternativo*. Organizador: Edmundo Lima Arruda Jr. São Paulo: Acadêmica, p. 72, 1991.

_____.; BORGES FILHO, Nilson. Gramsci: Estado, Direito e sociedade. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995.

_____. *Ensino jurídico e sociedade*. São Paulo: Acadêmica, 1999.

_____. *Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

_____. *Razão e racionalidade jurídica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Globo, 1970.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. 1 ed. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. *Justiça distributiva e aplicação do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.

BACON, Francis. *Ensaio sobre moral e política*. São Paulo: Edipro, 2001.

BARBOSA, Ligia de O.; QUINTANEIRO, Tânia; OLIVEIRA, Márcia Gardenia de. *Um toque de Clássicos*. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

BARBOSA, Julio Cesar Tadeu. *O que é justiça*. São Paulo: Abril, 1984.

BARRAL, Welber. *A arbitragem e seus mitos*. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

BARTOLOMÉ, Plácido Fernandez Viagas. *El juez imparcial*. Granada: Comares, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BELAID, Sadock. *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*. Paris: LGDJ, 1974.

BEMFICA, Francisco Vani. *O juiz, o promotor, o advogado: seus poderes e deveres*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar*. 17 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BERNARDO, Moacir Firmino; SANTANA, Alonir jorge. *O perigo do quarto poder*. Porto Alegre: Sagra de Luzzato, 1994.

BÍBLIA. N. T. I aos Tessalonicenses. *Bíblia Sagrada*, I aos Tessalonicenses: 5:21. Edição Revista e Corrigida. Traduzida Por João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

_____. N. T. João. Português. *Bíblia Sagrada*: Evangelho Segundo S. João 18:38. Edição Revista e Corrigida Traduzida por João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

_____. N.T. Lucas. Português. *Bíblia Sagrada*. Tradução: João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969. Cap. 18, v. 1-8.

BITAR FILHO, Carlos Alberto. *Teoria da imprevisão dos poderes do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O juiz*. São Paulo: EUD, 1982.

BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Processo penal garantista- uma visão constitucional e novas tendências*. Goiania: AB, 1998.

BLACKBURN, S. Idéia. In: DICIONÁRIO OXFORD DE FILOSOFIA. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 192.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Icone, 1999.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Dicionário de Política*, v. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

_____. *Dicionário de Política*, v. 2. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

_____. *Estado, governo, sociedade*. Para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

_____. *Locke e o direito natural*. Brasília: UNB, 1998.

_____. *Os intelectuais e o poder*. São Paulo: UNESP, 1996.

_____. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____; MATTEUCCI, Nícola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política* - vol. 1 e 2. Brasília: UNB, 1999.

_____. *Direito e esquerda*. São Paulo: Unesp, 1995.

_____. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. *O futuro da democracia*. 7 ed., São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. *Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. *Thomas Hobbes*. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

_____. *A Teoria das formas de governo*. Rio de Janeiro: Campus, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Do estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *A constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *Política e direito*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BOUDON, Raoumond. *A ideologia*. São Paulo: Ática, 1989.

BRAGA, Marino. *Deontologia jurídica na prática judiciária*. Curitiba: Juruá, 1998.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Artigo 98.

_____. *Código de Processo Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Artigo 130.

BRASIL. *Código Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 48. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, art. 5º.

BUONO, Carlos Eduardo de Atayde; BENTIVOGLIO, Antonio Tomás. *A reforma processual penal italiana - reflexos no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade - uma abordagem garantista*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *Eles os juízes vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

CALER, N.M.L.; LÓPES, M.S.; ANDRÉS, I.P. Sobre el uso Alternativo del Derecho *apud* CARVALHO, A. B. Lei Nº 8.009/90 e o Direito Alternativo. *Lições de Direito Alternativo*. Organizador: Edmundo Lima Arruda Jr. São Paulo: Acadêmica, 1991.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CANELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Conan, 1995.

_____. *Metodologia do direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Instituições de processo civil*. v. 1. Campinas: Cervanda, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 5 ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

_____. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Fabris, 1989.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis do direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. *Processo, ideologias, sociedade*. Buenos Aires: Jurídicas, Europa-América, 1974.

_____. Gli Orientamenti per il Miglioramento della Giustizia Civile. In: CONFERÊNCIA DE ABERTURA DO I CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1991, Curitiba. *Revista de Processo*, São Paulo, p. 202

CARCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*. São Paulo: LTR, 1998.

_____. *Direito, política e magistratura*. São Paulo: LTR, 1996.

CARDOSO, Benjamin. *A natureza do processo e a evolução do direito*. 3 ed. Porto Alegre: Fabris, 1978.

CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. v. 1. Campinas: Cervanda, 1999.

CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. Campinas: Papirus, 1986.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Teoria e prática do direito alternativo*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

_____. *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1995.

_____. *Magistratura e direito alternativo*, apud HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e utopia*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Magistratura e Direito Alternativo. Direito Alternativo na Jurisprudência*. Diretor: Amilton Bueno de Carvalho. São Paulo: Acadêmica,

_____. CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Alternativo e Processo. Lições Alternativas de Direito Processual*. Organizador: Horácio Wanderlei Rodrigues. São Paulo: Acadêmica, 1995.

_____. *Magistratura e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

_____. *Teoria e prática do direito alternativo*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

_____. *Magistratura e Direito Alternativo. Direito Alternativo na Jurisprudência*. Diretor: Amilton Bueno de Carvalho. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. CARVALHO, Saio. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de sociologia jurídica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CAYGILL, Howard. *Dicionário de Kant*. Dicionário de filósofos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CENTRE FOR CONTEMPORARY CULTURAL STUDIES. *Da ideologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

CHALITA, Gabriel. *O poder*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHÂTELET, François; DUHAMAEL, Olivier; PISIER-KOUCHENER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CHÂTELET, François. *Hegel*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

CHAUVIRÉ, Cristiane. *Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.

CHEVALLIER, Jean- Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavél a nossos dias*. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. Campinas: Bookseller, 1998.

CHOUKR, Fauzi Hassam . *Estudos do processo penal: o mundo à revelia*. Campinas: Agá Juris, 2000.

_____. *Processo penal à luz da constituição: temas escolhidos*. São Paulo: Edipo, 1999.

_____. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo: direito e justiça distributiva*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLÉVE, Clemérson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender kelsen*. Guarulhos: Max Limonad, 1999.

COELHO, Luiz Fernando. *Crítica do direito*. Curitiba: HDV, 1983.

COMMELIN, P. *Mitologia grega e romana*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Juízes independentes ou funcionários subordinados? *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros: Cidadania e Justiça*, Brasília, a. 2, n. 4, p. 91, 1 sem. 1998.

CONSTANT, Benjamin. *Escritos políticos*. Centro de estudos constitucionales. Madrid, 1898.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

COPETI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

CORREAS, Oscar. *Crítica da ideologia jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

COSTA NETO, Antônio Cavalcante da. *Direito, mito e metáfora: os lírios não nascem da lei*. São Paulo: Ltr, 1999.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Constitucionalismo ou neoliberalismo: o que interessa e a quem?*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

COSTA, Alfredo de Araujo Lopes. *Direito processual civil*. v. 1. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COSTA, Elcias Ferreira da. *A essência trinitária do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

COTTINGHAM, Jonh. *Dicionário de Descartes: Dicionário de Filósofos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. 171 p.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

COUTURE, Eduardo Juan. *Introdução ao estado do processo civil*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1949.

CRESCI SOBRINHO, Élcio de. Justiça Alternativa e Sentimento. *Revista de Direito Alternativo*. Diretor: Amilton Bueno de Carvalho. São Paulo: Acadêmica, n. 2, p. 83, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de filosofia do direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALL' AGNOL, Antônio. *Comentários ao código de processo civil*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DAMASCENO, Rafael. Considerações Sobre o Estado, Direito e Mudança Social. *Razão e Racionalidade Jurídica*. Organizador: Edmundo Lima de Arruda Jr. São Paulo: Acadêmica, p. 71, 1994.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DE MASI, Domenico. *A sociedade pós-industrial*. 2 ed.. São Paulo: SENAC, 1999.

DELUCA, Javier Augusto. El principio del juez imparcial y el procedimiento penal nacional. *Nueva Doutrina Penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A oralidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 1999.

DEMO, Wilson. *Manual de história de direito*. Flórianópolis: OAB/SC, 2000.

DESCARTES. O discurso do método. In *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Justiça e democracia: a pretensão de um juiz independente*. São Paulo: Ateliê. 3. vol. 1997.

DIAS, Rosana Josefa Martins. *Proteção ao processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 1987.

_____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

DURANT, Will. *História da filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

DURKHEIN, Emile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Nacional, 1995.

DUSSEL, Enrique D. *Método para uma filosofia da libertação*. São Paulo: Loyola, 1986.

EAGLETON, Terry. *Ideologia*. São Paulo: Boitempo, 1997.

EL TASSE, Adel. *A crise no poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2001.

ENGELS, Frederick; MARX, Karl. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo: Global, 1987.

ERIBON, Didier. *Michael Foucault e seus contemporâneos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

FABRÍCIO, Adroaldo F. *Poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FABRIZ, Dany Cesar. *A estética do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____; LOPES, J. R. L. Pela democracia do judiciário. *Direito e Justiça: a Função Social do Judiciário*. Organizador: FARIA, J. E. São Paulo: Ática, 1997.

FÉDER, João. *Estado sem poder*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNÁNDEZ – RONDEROS, Martin M. A. El derecho fundamental al juez imparcial. Su restricción en el proceso penal actual, “La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal.”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ – Viagas Bartolomé, P. *El juez imparcial*. Granada: Comares, 1997.

FERNANDEZ, Alberto Vicente. *Funcion creadora del juez*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista Universidade de São Paulo - USP*, São Paulo, n. 21, p.14, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FINK, Bruce. *O sujeito lacaniano: entre a linguagem e o gozo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

FOCAULT, Michael. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 1999.

_____. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. *História da loucura*. São Paulo: Perspectiva, 1999.

FOROL, Artur Stam. *Decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2000.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FREUND, Julien. *Sociología de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

FULLER, Lon L. *O caso dos exploradores de caverna*. 10. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

GARCIA, Juvêncio Gomes. *A Função criadora do Juiz*. Brasília: Brasília jurídica, 1996.

GOLDMANN, Lucien, *Ciências humanas e filosóficas*. São Paulo: Difel, 1986.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. de Prieto – Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES, Alexndre Travessoni. *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *A questão do controle externo do poder judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Estudos de direito penal e processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Sacarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GUANNIERI, Carlo. *L'indipendenza della magistratura*. Padova: CEDAM, 1981.

GUENANCIA, Pierre. *Descartes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *Das necessidades humanas aos direitos: Ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belho Horizonte: Del Rey, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência enquanto ideologia. In: *Os Pensadores*, São Paulo: Abril Cultural, 1980.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Técnica e ciência como "ideologia"*. Lisboa: 70, 1997.

HEGEL, Georg W. *Princípios da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1997.

_____. In *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

HEIDEGGER, Martin. Sobre o humanismo. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

HERKENHOFF, João Baptista. *Fundamentos de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Para gostar do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*, vol. 1. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. *Direito e utopia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *O direito processual e o resgate do humanismo*. Rio de Janeiro: Thex, 1997.

HERRENDORF, Daniel E. *El poder de los jueces: cómo piensan los jueces que piensan*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1998.

HESPANHA, A. M. B. Fundação. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. São Paulo: Europa América, 1997.

HIGA, Renato Kenji. A dignidade da pessoa humana e o positivismo jurídico. *Juízes para a Democracia*, São Paulo, p. 2, abr. 2000. Publicação Oficial da Associação Juízes para a Democracia.

HILTON, Lobo Campanhole; CAMPANHOLE, Adriano. *Constituição do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

_____. *Do Cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

INWOOD, Michael. *Dicionário de Filósofos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar,

JAIME, Fernando Gonzaga. *Tribunal constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JAPIASSU, Hilton. *Questões Espistemológicas*. Rio de Janeiro: Imago, 1981.

_____. *O mito da neutralidade científica*. Rio de Janeiro: Imago, 1986.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *A simbologia da imparcialidade do juiz*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JUNOY, Jean Picó. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: José Maria Bosch, 1998.

_____. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: José Maria Bosch, 1997.

JUSTIÇA E DEMOCRACIA. *Associação de juízes para a democracia*. São Paulo: Ateliê. 3. vol. 1997.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. São Paulo: Icone, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1991.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1990.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LIMA, Alcides de Mendonça. *O poder judiciário e a nova constituição*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil alternativo. Lições de Direito Civil Alternativo*. Organizador: Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. et al. *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. In: *Os Pensadores*, São Paulo: Abril, 1979.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. Guarulhos: Max Limonad, 2000.

_____. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. *Direitos humanos, Direitos sociais e Justiça*. Organizador: FARIA, J. E. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Direito e transformação social. Guarulhos: Max Limonadi, 1996

LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

LÖURY, Michael. *As aventuras de Kant Marx contra o barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. São Paulo: Cortez, 2000.

LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social*. São Paulo: Cortez, 1985.

LUIZI, Luis. *Filosofia do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

LYONS, David. *As regras morais e a ética*. Campinas: Papiros, 1990.

LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1991.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

MACEDO, S. *História do pensamento jurídico*. 1 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

MACHADO NETO, Antônio Luis. *Sociologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MACHADO, Antonio Alberto. *Ministério Público: cia e ensino jurídico Democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MACIEL, Cláudio Baldino. O juiz independente no Estado democrático. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros: Cidadania e Justiça*, Brasília, a. 4, n. 8, p. 67, 1 sem. 2000.

MADLENER, Kurt. La justicia como garantia de los derechos humanos em latinoamérica: I. La independencia de la justicia y del juez. *Revista de Derecho Penal e Criminologia*. Madrid: Univesidad Nacional de Educación a Distancia, 1996, nº 6.

MADSON , James. *O federalista*. São Paulo: Abril, 1979.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MANNHEIM, Larl. *Ideologia e utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

MAQUIAVÉL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Edipro, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *A antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARIOTTI, Alexandre. *Teoria do estado*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense.

MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MIRANDA ROSA, F. A. *Poder, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

MONTERO, Aroca, J. *Independencia y responsabilidade del juez*. Madrid: Civitas, 1990.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORELLO, A.M. *El processo justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2000.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos Direitos fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo: Ltr, 1997.

MORAES, L. F. Lobão. *O drama do direito*. Campinas: Julex Livros, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MOREIRA PINTO, João Batista. *Direito e novos movimentos sociais*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 35, p. 178-179, julho/setembro 1984.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos e Fortlivros, 1999.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo*. Guarulhos: Max Limonad, 1998.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NALINI, José Renato. *Ética e Justiça*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

_____. *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Ética geral e profissional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Constituição e Estado democrático*. São Paulo: FTD, 1997.

_____. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Formação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NANNI, Giovanni Ettore. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

OLIVEIRA JÚNIOR., José Alcebíades de . *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA, Régis de. *O juiz da sociedade moderna*. São Paulo: FTD, 1997.

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar. *Monografia jurídica*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PACHECO, Renato José Costa. *Porto final*. Rio de Janeiro: Galo Branco, 1998.

PACHUKANIS, E.B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PARIS, Robert, apud WOLKMER, A. C. *Ideologia Estado e direito*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.177. nota 14.

PASQUALINI, Alexandre et al. *O direito público em tempos de crise*. Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Advogado, 1999.

PASSOS, J.J. Calmon de. *Inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em história*. Nova Friburgo-RJ: Imagem Virtual. 1998.

PEREIRA, I. Eidos. In: DICIONÁRIO GREGO-PORTUGUÊS E PORTUGUÊS-GREGO. Braga: Livraria apostolado da imprensa, 1994.

PERELMAN, Chain. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERPÉTUO, José de Aquino. O juiz, criador do direito. *Revista do Tribunal de Justiça do Espírito santo*. Vitória, v. 1, p. 35, 1999.

PESSOA, Fernando. *Ficções do intelúdio*. São Paulo: Schwarcz, 1998.

PINTO, João Batista Moreira. *Direito e novos movimentos sociais*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Idéias e vultos do direito*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

PLATÃO, *A república*. São Paulo: Edipro, 1994.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Processo penal e constituição federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

PORTO, Inês da Fonseca. *Ensino Jurídico: Diálogos com a imaginação*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

POUND, Roscoe. *A justiça conforme a lei*. São Paulo: ibrasa, 1976.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. *A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

QUINTANEIRO, T.; BARBOSA, M. L. O.; OLIVEIRA, M.G. *Um toque de clássico: Durkheim, Marx e Weber*. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

RADBRUCH, Gustan. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. *A Ética do juiz na cultura contemporânea: Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

REVISTA DE DIREITO ALTERNATIVO, São Paulo, n. 01, 1992. Jan./Dez. São Paulo: Acadêmica, 1992.

REVISTA DE DIREITO ALTERNATIVO, São Paulo, n. 02, 1993. Jan./Dez. São Paulo: Acadêmica, 1993.

REVISTA DE DIREITO ALTERNATIVO, São Paulo, n. 03, 1994. Jan./Dez. São Paulo: Acadêmica, 1994.

REVISTA DE PROCESSO, São Paulo, n. 17, a. 05, Jan/Mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

REVISTA DE PROCESSO, São Paulo, n. 35, a. 09, Jul/Set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

REVISTA DE PROCESSO, São Paulo, n. 45, a. 12, Jan/Mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

REVISTA DE PROCESSO, São Paulo, n. 60, a. 15, Out/Dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

REVISTA DE PROCESSO, São Paulo, n. 70, a. 18, Abr/Jul. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO. Vitória, vol I, Vitória: Tribunal de Justiça, 1999.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1959.

RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

RIGAUZ, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *A lei de arbitragem: Lei 9.307 de 23.09.1996, uma avaliação crítica.* São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Estudos sobre o poder judiciário.* São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *O procedimento da uniformização da jurisprudência.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. Independência do juiz e estrutura do judiciário. *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo: Acadêmica, n. 2. p. 139, 1993.

RODRIGES, Afonso. *Ética e civismo.* Rio de Janeiro: J. Olimpio, 1972.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo.* São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. *Ensino jurídico para que(m)?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

_____. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro.* São Paulo: Acadêmica, 1994.

RODRIGUES, Afonso. *Ética e civismo.* Rio de Janeiro: J. Olympio, 1972.

OMBOLI, Roberto. *Il giudice naturale.* Milano: Giuffrè, 1981.

ROSA, Eliezer. *A voz da toga.* Rio de Janeiro: Barrister's, 1983.

_____. *Capítulos de história do direito processual civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Rio, 1975. 368 p.

ROSA, F. A. de Miranda. *Poder e direito: direito, poder e sociedade.* Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo.* São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato Social.* 4 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

RUÍZ Vadillo, E. *El derecho penal sustantivo y el proceso penal.* Garantias Constitucionales básicas en la realización de la justicia. Madrid: Colex, 1997.

SALDANHA, Nelson. *Ética e história.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *O Estado moderno e a separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. *O pensamento político no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Roberto A. O. A questão amazônica e o direito: meio ambiente, soberania, dívida externa, desenvolvimento. *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo: Acadêmica, n. 1, p. 131, 1992. Diretor: Amilton Bueno de CARVALHO.

SCHWARTZ, Stuart. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SECONDAT, Charles Louis de Montesquieu. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Otacilio Paula. *Ética do magistrado à luz do direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, Ovídio Baptista; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *Devido processo legal. Due process of law*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVEIRA, Pedro Moacyr Pérez da. Por uma filosofia jurídica do homem para o direito do homem. *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo: Acadêmica, n. 2, p. 104, 1993. Diretor: Amilton Bueno de Carvalho.

SIMON, Dieter. *La independencia del juez*. Barcelona : Ariel, 1985.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: exceções substanciais no processo de conhecimento*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SKINNER, Quentin. *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*. São Paulo: Unesp, 1999.

SOARES, Guido Fernandes Silva. *Common Law*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SÓCRATES. Xenofontes. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

OLON, Ari Marcelo. *Dever jurídico e teoria realista do direito*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

SOUTO, Cláudio. *Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Verdade formal versus verdade real. *Juízes para a Democracia*, São Paulo, p. 10, abr. 2000. Publicação Oficial da Associação Juízes para a Democracia.

SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. *O papel constitucional do S.T.F.* Brasília: Brasília jurídica, 2000.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes ético do Juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

SPOTA, Sérgio G. *O juiz o advogado e a formação do direito através da jurisprudência*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

STRATHERN. Paul. *Descartes em 90 minutos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

_____. *kant em 90 minutos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

_____. *Locke em 90 minutos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

TASSE, Adel El . *A crise no poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2001.

TEIXEIRA, Maria Elizabeth Guimarães. *O processo político no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TEIXERA, Salvio de Figueiredo. *O juiz. seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Jurisdição voluntária*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna*. Petrópolis: Vozes, 1995.

TOCQUEVILLE. A Democracia na América. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril, 1979.

TORNAGHI, Helio. *Comentários ao código de processo civil*. v 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

TOURAINE, Alain. *O que é democracia*. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ULPIANO, apud MACEDO, S. de. Sílvio de. *História do pensamento jurídico*. 1 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

VALLE, Gabriel. *Filosofia do direito*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia*. São Paulo: Malheiros, 1998.

VAZQUEZ, Adolfo Sanchez. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIDAL, Luís Camargo de Barros. O buraco é mais embaixo. *Juízes para a Democracia*, São Paulo, p. 5, abr. 2000. Publicação Oficial da Associação Juízes para a Democracia.

VIEIRA, Jair Lot. Declaração dos direitos humanos, in *Coleção Classics*. São Paulo: Edipro, 1993.

VILANI, Maria Cristina Seixas. *Origens medievais da democracia moderna*. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

VITA, Paulo de. *A justiça igualitária a seus críticos*. São Paulo: Unesp, 2000.

WAINWRIGHT, Hilary. *Uma resposta ao neoliberalismo: Argumentos para uma nova esquerda*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. *O Direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. *Introdução Geral ao Direito I — interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____. *Manifesto para uma ecologia do desejo*. São Paulo: Acadêmica, 1990.

_____. *O amor tomado pelo amor*. São Paulo: Acadêmica, 1990.

_____; PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do Direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Pioneira, 1999.

_____. *Sociologia*. São Paulo: Ática, 1991.

WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. vol. 1 e 2. São Paulo: Ática, 1999.

WOLKMER, A. C. *Introdução ao pensamento jurídico moderno*. 2 ed. São Paulo: Acadêmica, 1995.

_____. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. Guarulhos: Acadêmica, 1989.

_____. *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Pluralismo Jurídico*. São Paulo: Alfa-omega, 1997.

_____. *Ideologia, Estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *História do direito no Brasil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

YOLTON, Jonh W. *Dicionário de Locke: Dicionário de Filósofos*.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder judiciário: crise acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

